



NORGES HØYESTERETT

Den 14. juni 2021 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Skoghøy, Falch og Bergh i

HR-2021-1279-U, (sak nr. 21-072053SIV-HRET), sivil sak, anke over kjennelse:

Staten v/Pasientskadenemnda

(advokat Terje Marthinsen)

mot

A

(advokat Jon Olav Holvik)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder krav om bevistilgang i søksmål om pasientskadeerstatning.
- (2) A (heretter også omtalt som «saksøkeren») reiste 27. mai 2019 søksmål for Bergen tingrett, nå Hordaland tingrett, mot staten v/Pasientskadenemnda. Han nedla slik påstand:

«Staten v/ Helseklage er erstatningsansvarlig for økonomisk tap påført A p.g.a. forsinket diagnostikk av, samt operativt inngrep i, det venstre kneet 12. juni 2008.»

- (3) I prosesskriv 21. januar 2021 provoserte staten fremlagt «komplett pasientjournal fra alle leger, sykehus, institusjoner og behandlere som saksøker har konsultert siden 1983 (de første kneoperasjonene var i 1984)» og «komplette dokumenter fra NAV (alle saker), herunder utskrift av saksrapport/infotrygd/Arena».
- (4) Saksøkeren nektet i prosesskriv 5. februar 2021 å etterkomme provokasjonen. Etter dette fremsatte staten 14. februar 2021 krav om fristforelegg i medhold av tvisteloven § 16-7 andre ledd. Ved rettens brev 1. mars 2021 fikk saksøkeren frist til 10. mars for å fremlegge den dokumentasjon som var etterspurt i statens prosesskriv 21. januar 2021. I prosesskriv 8. mars avslo saksøkeren på nytt kravet om dokumentfremleggelse, og i prosesskriv 10. mars 2021 fremholdt han at det ikke var grunnlag for fristforelegg. Tingretten avsa 16. mars 2021 kjennelse med slik slutning:

«A plikter innen 16. april 2021 å fremlegge komplett pasientjournal fra alle leger, sykehus, institusjoner og behandlere som saksøker har konsultert siden 1983 og komplette dokumenter fra NAV (alle saker), herunder utskrift av saksrapport/infotrygd/Arena.»

- (5) I kjennelsen ble det uttalt at fristoversittelse vil kunne lede til fristforelegg i medhold av tvisteloven § 16-7.
- (6) Saksøkeren anket kjennelsen til Gulating lagmannsrett. Anken gjaldt rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.
- (7) Gulating lagmannsrett avsa 29. april 2021 kjennelse med slik slutning:
- «1. Krav om bevis tilgang i Hordaland tingretts sak 19-083043TVI-THOD/1 tas ikke til følge.
 2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler staten v/ Pasientskadenemnda til A/det offentlige 16 469 – sekstentusenfirehundredeogsekstini – kroner innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne kjennelsen.
 3. Sakskostnader for tingretten tilkjennes ikke.
 4. Fristen for å anke denne kjennelsen er én uke fra den er forkynt.»
- (8) Lagmannsretten avslo å ta begjæringen til følge fordi det med en så vidt formulert begjæring ikke var mulig å fastslå de enkelte dokumentenes relevans, og fordi kravet til spesifikasjon av dokumentene ikke var oppfylt. Det ble ikke tatt stilling til om det ville være uforholdsmessig å gi et så vidt formulert pålegg om bevis tilgang, eller om det ville rammes av noe bevisforbud eller krenke retten til respekt for privatliv.
- (9) *Staten v/Pasientskadenemnda* har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Anken er angitt å gjelde den generelle lovanvendelsen.
- (10) I korte trekk anføres det at lagmannsretten har anvendt tvisteloven §§ 21-3 og 21-4, jf. §§ 21-7, 21-8 og 26-6 feil, ved at vilkårene om relevans og spesifikasjon er anvendt for strengt og for øvrig i strid med høyesterettspraksis knyttet til pasientskadesaker som viser at det kreves omfattende grunnlagsdokumentasjon for å foreta en forsvarlig faktisk og rettslig vurdering av blant annet årsakssammenheng. I denne saken er det avgjørende med slik grunnlagsdokumentasjon som er krevd, for å foreta en forsvarlig vurdering av årsakssammenheng mellom den anførte feilbehandlingen og kneskaden, og mellom kneskaden og det angivelige økonomiske tapet som følge av ervervsuførhet. Saken reiser prinsipielt viktige spørsmål, som også er svært praktiske, for pasientskadesaker som behøver avklaring. Underrettspraksis er sprikende. Derfor blir det anmodet om at anken blir overført til behandling av Høyesterett i avdeling.
- (11) Staten har nedlagt denne påstanden:
- «A plikter å fremlegge komplett pasientjournal fra alle leger, sykehus, institusjoner og behandlere som han har konsultert siden 1983 samt komplette dokumenter fra NAV (alle saker), herunder utskrift av saksrapport/infotrygd/Arena.»
- (12) A har tatt til motmæle og anfører at anken må forkastes fordi lagmannsrettens avgjørelse er riktig. Statens krav om bevis tilgang oppfyller ikke kravene til relevans og spesifikasjon, og er uansett uforholdsmessig. Saksøker har fremlagt omfattende dokumentasjon vedrørende svikt i helsehjelpen knyttet til kneskaden, hvilket er det avgjørende for søksmålet.

- (13) A har nedlagt slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. A/det offentlige tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»
- (14) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker:
- (15) Anken er en videre anke over kjennelse hvor Høyesteretts kompetanse etter tvisteloven § 30-6 er begrenset til å gjelde lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning.
- (16) Ankeutvalget er kommet til at både tingrettens og lagmannsrettens kjennelser må oppheves, da de bygger på en uriktig forståelse av tvistelovens bevisforbudsregler.
- (17) Dersom en oppfordring til å fremlegge eller gi tilgang til bevis – en såkalt bevisprovokasjon – ikke blir etterkommet, kan retten ved kjennelse gi pålegg om bevistilgang. Et slikt pålegg må behandles i samsvar med tvisteloven § 26-5 og § 26-6 sammenholdt med tvistelovens øvrige regler om bevis.
- (18) Hvis en tredjeperson som blir pålagt å gi tilgang til bevis, ikke etterkommer pålegget, kan retten ved kjennelse bestemme at pålegget skal tvangsfullbyrdes, se tvisteloven § 26-8 første ledd, jf. § 19-1 andre ledd bokstav d. I saker hvor partene ikke har fri rådighet over tvistegjenstanden, kan en kjennelse som pålegger å gi bevistilgang også tvangsfullbyrdes overfor en part, se § 26-8 andre ledd. I saker hvor partene har fri rådighet (dispositive saker), kan et pålegg om bevistilgang ikke tvangsfullbyrdes overfor en part, se motsetningsvis § 26-8 andre ledd. Dette har sammenheng med at manglende etterkommelse av et pålegg om bevistilgang kan tillegges vekt i disfavør av parten ved den frie bevisbedømmelse. I dispositive saker kan et pålegg om bevistilgang også sanksjoneres ved fristforelegg etter § 16-7 andre, jf. tredje ledd, jf. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave 2017, side 857. Før det kan utstedes fristforelegg, må det imidlertid først være avsagt en kjennelse som gir pålegg om bevistilgang, og denne må ha blitt rettskraftig.
- (19) Uten å gjennomgå vilkårene for pålegg om bevistilgang uttalte tingretten under henvisning til Rt-1998-1297 (uriktig referert til som HR-1998-1297) at den var «kommet til at saksøker har plikt til å fremlegge den dokumentasjon som saksøkte etterspør, nemlig komplett pasientjournal fra alle leger, sykehus, institusjoner og behandlere som saksøker har konsultert siden 1983 og komplette dokumenter fra NAV (alle saker), herunder utskrift av saksrapport/infotrygd/Arena».
- (20) I Rt-1998-1297 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at «[n]år det foreligger en ... plikt for saksøkeren til å gi fullstendige opplysninger om det som er grunnlaget for det krav som er reist, er det vanskelig å se at det kan være plass for en rett, basert på taushetsplikt for hans leger, til ikke å fremlegge det han har, eller lett har tilgang til, av legejournaler og lignende dokumentbevis av betydning for saken». Denne avgjørelsen ble imidlertid fraveket i Rt-1999-1066, og senere praksis bygger på Rt-1999-1066, se Skoghøy, *op.cit.* side 849 med videre henvisninger. I Rt-2004-1668 ble det presisert at dersom en part uten aktverdig grunn nekter å frigi en legejournal, kan dette tillegges vekt i disfavør av parten ved den frie bevisvurderingen, men parten kan ikke pålegges å fremlegge journalen. På denne bakgrunn bestemmer tvisteloven § 26-7 andre ledd, jf. § 21-5, at plikten til å gi bevistilgang begrenses av reglene om bevisforbud med mindre det finnes særlig lovhjemmel for annet.

- (21) I motsetning til tingretten tok lagmannsretten utgangspunkt i tvistelovens vilkår for pålegg om bevis tilgang. Etter § 21-5, jf. § 21-1 og § 21-7 første ledd er det et vilkår for pålegg om bevis tilgang at beviset er bærer av relevant faktisk informasjon, og etter § 26-6 første ledd er det som hovedregel et vilkår for pålegg om bevis tilgang at bevisgjenstandene er «spesifisert slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder». Etter § 26-6 andre ledd kan imidlertid retten lempe på spesifikasjonskravet «dersom dette er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme», og det er en «nærliggende mulighet» for at kravet om bevis tilgang «kan gi tilgang til bevis».
- (22) Når lagmannsretten avsto å ta begjæringen om pålegg om bevis tilgang til følge, var det fordi det med en så vidt formulert begjæring som staten hadde fremsatt, ikke var mulig å fastslå de enkelte dokumentenes relevans, og fordi kravet til spesifisering av dokumentene ikke var oppfylt. Etter lagmannsrettens syn var det ikke grunnlag for å lempe på kravet til spesifisering etter § 26-6 andre ledd. Lagmannsretten tok ikke stilling til om det ville være uforholdsmessig å gi et så vidt formulert pålegg om bevis tilgang (§ 21-8), eller om det ville rammes av noe bevisforbud eller krenke retten til respekt for privatliv. Samtidig blir det i lagmannsrettens drøftelse av relevansen av de etterspurte dokumentene forutsatt at «legejournaler med videre kan kreves fremlagt i søksmål om personskadeerstatning uhindret av taushetsplikten, så fremt dokumentasjonen har bevisverdi i saken».
- (23) Som det fremgår av det ankeutvalget har fremholdt ovenfor, er det ikke riktig at legejournaler kan kreves fremlagt i søksmål om personskadeerstatning uhindret av taushetsplikt. Denne uriktige lovforståelsen danner åpenbart bakgrunnen for at lagmannsretten ikke har gått nærmere inn på bevisforbudsreglene.
- (24) Etter ankeutvalgets syn ville det her ha vært mest nærliggende først å drøfte hvordan kravet om bevis tilgang forholder seg til bevisforbudene i tvisteloven § 22-5 og § 22-3. Kravet om fremleggelse av «komplett pasientjournal fra alle leger, sykehus, institusjoner og behandlere som saksøker har konsultert siden 1983», er uforenlig med bevisforbudet i § 22-5, mens kravet om fremleggelse av «komplette dokumenter fra NAV (alle saker), herunder utskrift av saksrapport/infotrygd/Arena», må behandles i samsvar med bevisforbudet i § 22-3, som i motsetning til bevisforbudet i § 22-5 er dispensabelt. De krav til spesifisering av bevisgjenstandene som § 26-6 stiller, gjelder for de dokumentene som kan utgjøre lovlige bevis. Frem til begynnelsen av 1990-tallet ble det stilt strenge krav til individualisering av bevisgjenstanden, men siden avgjørelsen i Rt-1992-962 har det her skjedd en betydelig oppmykning, se Skoghøy, op.cit. side 846–847 med henvisninger til rettspraksis.
- (25) Tingretten har ved avgjørelsen av begjæringen om pålegg om bevis tilgang tatt feil av betydningen av bevisforbudene i tvisteloven, og det lagmannsretten uttaler om fremleggelse av legejournaler uten hinder av taushetsplikt, viser at heller ikke lagmannsretten har forstått disse reglene riktig. På dette grunnlag er ankeutvalget kommet til at både tingrettens og lagmannsrettens kjennelser må oppheves på grunn av uriktig lovtolking, jf. tvisteloven § 30-15 første ledd.
- (26) Ved det resultatet utvalget er kommet til, må staten v/Pasientklagenemnda anses å ha vunnet saken for Høyesterett, mens A må anses å ha vunnet saken for lagmannsretten. Saken er imidlertid avgjort av ankeutvalget på et grunnlag som ikke har stått sentralt i partenes argumentasjon. Utvalget finner på denne bakgrunn at tungtveiende grunner gjør det rimelig at hver av partene bærer sine sakskostnader for Høyesterett og lagmannsretten, jf. tvisteloven

§ 20-2 tredje ledd. Sakskostnadene for tingretten må avgjøres ut fra det endelige resultatet der, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd.

(27) Kjennelsen er enstemmig.

S L U T N I N G

1. Tingrettens og lagmannsrettens kjennelser oppheves.
2. Sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett tilkjennes ikke. Avgjørelsen av sakskostnadene for tingretten utstår til den avgjørelsen som avslutter saken.

Ingvald Falch
(sign.)

Jens Edvin A. Skoghøy
(sign.)

Espen Bergh
(sign.)