

# Anke til Borgarting lagmannsrett

**Saksnr. 10-146249TVI-FOLL**

**Saksøker:** Sven Andreas Marti  
Thor Olsensgate 4 b, 0177 OSLO

**Prosessfullmektig:** Selvprosederende

**Saksøkt 1:** Oslo kommune v/ordføreren  
Rådhuset, 0037 OSLO

**Prosessfullmektig:** Kommunadvokaten ved Einar Gitlestad,  
Rådhuset, 0037 OSLO

**Saksøkt 2:** Staten v/Domstoladministrasjonen  
Postboks 5678 Sluppen, 7485 Trondheim

**Saken gjelder:** Krav om innsyn etter offentlighetsloven § 9 og forvaltningsloven § 18.

## 1. Innledning

Saken gjelder krav om innsyn (heretter innsynssaken) i saksdokumenter i avsluttet klagesak over parkeringsgebyr (heretter gebyrsaken). Under saksforberedelsen i innsynssaken fremsatte ankende part krav om tilgang til bevis i form av spesifikke dokumenter og journaler i gebyrsaken fra henholdsvis Oslo tingrett og ankemotparten.

Follo tingrett avsa 30. september 2011 kjennelse med følgende slutning:

- 1. Saken heves for så vidt angår saksøkers påstand punkt 2 e. For øvrig fremmes saken.*
- 2. Begjæring om utlevering av dokumenter/opplysninger fra Oslo tingrett tas ikke til følge.*
- 3. Begjæring om utlevering av telefaksjournaler fra Oslo kommune, Trafikketaten, tas ikke til følge.*

Follo tingrett avsa 16. desember 2011 tilleggskjennelse med følgende slutning:

*Begjæring om bevis tilgang fremsatt i saksøkers prosesskrift av 11. mai 2011 tas ikke til følge.*

Det erklæres herved anke over saksbehandlingen og rettsanvendelsen (herunder lovtolkningen). Sistnevnte kjennelse ble forkynt i rettsferien og anken er således rettidig (jf. tvl § 19-9 (2) 2. pkt.).

I forhold til tilleggskjennelsen anføres prinsipalt at det foreligger en saksbehandlingsfeil ved at retten ikke har realitetsbehandlet kravet, og at det er nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for kravet om bevis tilgang (jf. tvl § 29-21 (1)).

I forhold til kjennelse av 30. september 2011 anføres prinsipalt at det foreligger en saksbehandlingsfeil ved at rettens begrunnelse utelukker at retten kan ha forstått hvilket bevis retten har nektet tilgang til. Retten kan dermed ikke ha foretatt noen reell avveining etter tvl. § 26-5 tredje ledd. Det er nærliggende at også denne feilen kan ha fått virkning for resultatet.

I forhold til begge kjennelsene anføres subsidiært at retten har feiltolket tvisteloven § 26-5 (3). Etter ankende parts syn må begrepet «kostnader» i tvl. § 26-5 (3) tolkes som en reell / positiv ulempe. Når nødvendig innsats med å gi tilgang til bevisene er mindre enn innsatsen ved å skrive et brev (eller avsnitt i et brev) som avslår tilgang, er nettokostnaden ved å gi bevis tilgang reelt sett negativ, og tvisteloven § 26-3 tredje ledd ikke anvendelig.

Det vil bli nedlagt påstand om at kjennelsene oppheves, subsidiært at krav om bevis tilgang tas til følge (punkt 4).

Av hensyn til sammenhengen i argumentasjonen, velger ankende part først å angripe tilleggskjennelse av 16. desember 2011 (punkt 2) før ankende part angriper kjennelse av 30. september 2011 (punkt 3).

## **2. Kjennelse av 16. desember 2011 («tilleggskjennelsen»).**

### **2.1 Prinsipal anførsel.**

Retten konkluderer (siste avsnitt på side 3):

*Etter rettens syn åpner tvisteloven i et tilfelle som dette ikke adgang til å få avgjort under saksforberedelsen et krav som sammenfaller med det materielle krav saken gjelder.* [ankende parts understrekning]

Ankende part forstår dette slik at retten har avvist å realitetsbehandle selve kravet. Slutningen er imidlertid ikke formulert som en avvisning, men ankende part legger til grunn at retten må forstå slik. Etter ankende parts syn plikter retten å realitetsbehandle og avgjøre kravet. En slik unnlattelse, i strid med gjeldende prosessrett, er etter ankende parts syn en *saksbehandlingsfeil*.

Det kreves etter ankende parts syn en positiv lovhjemmel for å fravike lovgivers positive hovedregler om bevis i tvisteloven §§ 21-3 og 26-5.

Etter hovedregelen i tvisteloven § 21-3 har en part rett til å føre de bevis han ønsker og etter tvisteloven § 26-5 første ledd har enhver plikt til å stille gjenstander til rådighet som bevis. Det finnes flere lovfestete absolutte og skjønnsmessige hjemler for å avskjære tilgang til (eller fremleggelse av) bevis, men retten viser i tilleggskjennelsen ikke til noen slik hjemmel.

Retten anfører som begrunnelse (nederst på side 2):

*Etter tvistelovens system skal de materielle tvistepunkter saken gjelder normalt avgjøres ved dom etter gjennomført hovedforhandling med bevisførsel og prosedyre. Avgjørelse av samme spørsmål under saksforberedelsen vil innebære at retten må basere seg på et spinklere faktisk og rettslig grunnlag.* [ankende parts understrekning]

Etter ankende parts syn dreier det seg om *forskjellige spørsmål* (og for så vidt også *forskjellige krav*), selv om *rettsfølgen* vil kunne være mer eller mindre sammenfallende.

Rettsgrunnlaget i ethvert innsynssøksmål er den aktuelle materielle bestemmelsen (her i offentlighetsloven og forvaltningsloven) mens det i spørsmålet om bevis tilgang er bestemmelsene i tvisteloven. Ankende part kan ikke se at noen av vilkårene etter disse bestemmelsene (eller hensynene bak bestemmelsene) har noe vesentlig til felles.

I herværende søksmål er også det faktiske grunnlaget forskjellig. Ankemotparten påstår seg frifunnet fordi kravene hevdes å være oppfylt. Men om innsyn engang i fortiden faktisk ble gitt (og kommunen i så tilfelle blir frifunnet i søksmålet) kan ikke være av betydning for spørsmålet om tilgang til dokumentene styrker rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag. Først når dokumentene måtte bli en del av *sakens* dokumenter kan de tjene som bevis. Det kan bare skje ved at noen som sitter med dokumentene fremsender disse til retten (eller legger de frem i hovedforhandlingen). Det er så langt ikke bestridt at ankemotparten sitter med dokumentene og at dokumentene kan ha bevisverdi. Både faktiske og rettslige grunnvilkår for å pålegge ankemotparten å gi tilgang til bevisene er således til stede.

For innsynskrav kan det dessuten spørres om det er mulig å fremsette to krav som rettslig sett er «samme krav». Særlig må det gjelde for innsyn i dynamiske dokument så som en dokumentjournal. Det er nettopp senere *endringer* i eldre innføringer som er årsaken til at dokumentjournalene nå har interesse som bevis i herværende sak (jf. prosesskriv av 11. mai 2011). Om kommunen en gang i fremtiden skulle bli frifunnet fordi retten finner at 2010-kravet om journalutskrift har blitt oppfylt, kan dette uansett ikke være til hinder for at hvem som helst (også anonymt), når som helst får behandlet et krav om utskrift på samme saksnummer etter offentlighetsloven. At retten skulle være avskåret fra å behandle et innsynskrav etter prosesslovene under saksforberedelsen, bare fordi motparten påstår seg frifunnet med en anførsel om å skulle ha oppfylt et likelydende innsynskrav noen år tidligere, gir etter ankende parts syn liten mening.

Retten anfører videre:

*Retten vil – om enn prejudisielt – måtte ta stilling til partenes påstandsgrunnlag, hvilket for øvrig lett kan føre til inhabilitet for den dommer som avsier kjennelsen.*

I den grad påstandsgrunnlaget skulle være sammenfallene for det prosessledende og materielle kravet, er ankende part ikke uenig i at en dommer potensielt kan bli inhabil på et senere trinn i saksbehandlingen. Problemstillingen er både relevant og velkjent, særlig der hvor en dommer bytter stilling, og må selvfølgelig hensyntas, senest når habilitetsvirkningen er et faktum.

Men *retten* kan aldri la være å ta stilling til et konkret spørsmål bare fordi en (av) *dommer(ne)* er inhabil, langt mindre fordi han/hun forventes å skulle delta i en senere avgjørelse og da potensielt kan komme til å være inhabil. Habilitetsspørsmål kan og må løses innenfor prosesslovenes (og domstollovens) ordning, typisk ved at dommere som måtte være inhabile viker sete eller at avgjørelsen overlates til en annen domstol.

Videre anføres at dersom man skulle legge tingrettens lovtolkning til grunn vil dette utelukkende innebære merarbeid for partene og domstolen uten at det (i fremtidige saker) vil ha noen betydning for resultatet.

Det følger av at saksøker kan oppnå behandling av kravene etter begge regelsettene ved initielt å utelate materielle krav om innsyn i journaler og dokumenter som har en selvstendig bevisverdi og dermed fremtvinge rettens prosessledende avgjørelse om tilgang til de samme journaler og dokumenter. Etter at bevis tilgang etter tvisteloven eventuelt er avvist, hindrer ikke dette at krav om innsyn i de samme journalene og dokumentene senere gjøres til (materieell) søksmålsgjenstand

i samme sak, ved at påstanden presiseres. Skulle en dommer som har deltatt i avgjørelse av de prosessuelle kravene senere anse seg selv for å være inhabil, vil han/hun uansett måtte vike sete.

Tingrettens syn vil videre også innebære en potensiell prosessuell felle for saksøkere som ikke måtte kjenne til at initielle materielle innsynskrav automatisk vil avskjære bevis tilgang til de samme dokumentene. Rettens forståelse vil følgelig være i strid med lovens formål om en rettferdig, rask og effektiv behandling av tvister (jf. tvl § 1-1).

## **2.2 Subsidiær anførsel.**

Skulle retten komme til at det ikke er grunnlag for å oppheve kjennelsen, gjøres det subsidiært gjeldende at tvisteloven § 26-5 tredje ledd ikke er anvendelig for å avskjære tilgang til bevis som er umiddelbart tilgjengelig ved ordinær utskrift eller kopiering av en håndfull ark. I forhold til lovtolkningen gjøres gjeldende at uttrykket «kostnader» i bestemmelsen må tolkes å innebære en praktisk eller økonomisk ulempe utover saksøktets motvilje mot at spesifikke dokumenter gjøres tilgjengelig for motparten. Arbeid med å fremsende opplysninger som umiddelbart er tilgjengelig ved ordinær utskrift, er mindre enn å skrive brev som nekter tilgang. Reelt sett er da nettokostnaden negativ, noe som etter ankende parts syn gjør begrepet «kostnad» lite dekkende.

I forhold til faktum legger ankende part til grunn at Oslo kommune fortsatt har tilgang til dokumentjournalens opplysninger, og ikke har rukket både å slette, miste og glemme e-postens innhold (en e-post som det umiddelbart ble krevd innsyn i, ved en begjæring som ble sendt til Trafikketatens ledelse, med kopi til kommunerevisor, jf vedlegg 4 til stevningen). Selv om e-posten nå skulle være slettet/tapt, må kommunen, nettopp på grunn av den store pågangen etter akkurat denne e-posten, antas å ha kunnskaper om e-postens vedlegg, og dermed evne å utpeke og fremsende disse vedleggene.

At kommunen har nedlagt et betydelig arbeid i å fremskaffe en rekke dokumenter saksøker *ikke* har bedt om, i stedet for de dokumentene som det konkret er krevd innsyn i, må være et moment som taler for, og ikke imot, å pålegge kommunen å fremsende de konkret begjærte dokumentene.

I forhold til resten av subsumsjonen (bevisverdien) vises inntil videre til prosesskriv av 11. mai 2011 og søksmålet av 13. september 2010.

## **3. Tilgang til dokumentjournal (slutning 2 i kjennelse av 30.09.11).**

Ankede part vil innledningsvis bemerke at kravet mot Oslo kommune (slutningens punkt 3) frafalles og at ankende part heller ikke har noen bemerkninger til slutningens punkt 1.

I forhold til kjennelse av 30.09.2011 gjelder denne anken bare slutningens punkt 2.

### **3.1 Faktum**

I stevningen ble det overfor Oslo tingrett begjært tilgang til fire sett dokumenter/opplysninger (*her* forkortet og bokstavert):

- a. Opplysninger fra dokumentjournal i sak 09-152162ENE-OTIR/05
- b. Skannede dokumenter

- c. Telefaksjournaler
- d. Innkommende e-post av 23.11.2009 kl. 14:50 (med vedlegg) fra ankemotparten.

I februar 2011 fremsendte Oslo tingrett de skannede dokumentene (punkt b) og opplyste om at Telefaksjournaler (pkt c) og e-posten (pkt d) i mellomtiden var gått tapt/slettet. Etter dette gjenstod det bare å ta stilling til krav om opplysninger fra dokumentjournalen (pkt a), et spørsmål som ikke er nevnt i Oslo tingretts brev av 11. februar 2011. Ankende part etterlyste i brev av 21. februar 2011 hvorfor dette siste kravet ikke var nevnt eller etterkommet (tredje avsnitt på side 2):

*Retten svarer at det ikke er mulig å fremskaffe opplysningene fra telefaksjournalen men nevner ikke journalssystemet. Jeg er i tvil om unnlåtelsen skyldes manglende evne eller vilje.*

Oslo tingrett avviser i brev av 13. april 2011 å svare på spørsmålet (dok 39, nest siste avsnitt på side 2):

*Det registreres for øvrig at Marti fremdeles anser at han ikke har fått tilstrekkelig dokumentinnsyn hos Oslo tingrett, og at tingretten fremdeles ikke har besvart alle hans spørsmål, jf. dokument 30 i sak 10-146249TVI. Retten anser det som mest hensiktsmessig å overlate til Follo tingrett å ta stilling til i hvilken grad hensynet til sakens opplysning gjør det nødvendig å be Oslo tingrett om nærmere opplysninger.*

### **3.2 Prinsipal anførsel.**

Retten tar med slutningens punkt 2 bare stilling til begjæring om tilgang til opplysninger fra Oslo tingretts dokumentjournal i sak 09-152862ENE-OTIR/05. Kravet rettet mot Oslo tingrett gjelder således opplysninger som er direkte, og uten videre innsats eller «arkivleting», tilgjengelig fra domstolenes saksbehandlingssystem Lovisa.

Retten konkluderer (isolert med hensyn til slutningens punkt 2) på side 5:

*«I den utstrekning noe fortsatt mangler, finner retten at dette enten ikke er tilgjengelig eller bare kan fremskaffes med en innsats som ikke står i rimelig forhold til dokumentets/opplysningens verdi som bevis»*

Denne argumentasjonen gir ingen mening, når kravet som behandles bare gjelder opplysninger som til enhver tid er direkte tilgjengelig både for Oslo- og Follo tingrett (og også lagmannsretten).

Ankende part har grunn til å tro at retten ikke har forstått hvilket konkret spørsmål retten faktisk har avgjort og dermed ikke kan ha foretatt noen reell vurdering av opplysningenes verdi som bevis etter tvisteloven § 26-5 tredje ledd. Det underbygges ved at opplysningene i stor grad har bevisverdi sammenholdt med krav om tilgang til Trafikketatens dokumentjournal (jf. prosesskriv av 11. mai 2011) – et spørsmål retten på samme tidspunkt glemte å ta stilling til.

Når opplysningene om hvilket krav retten er bedt om å avgjøre uten videre fremgår ved å sammenholde opplysninger fra sakens dokumenter, er det etter ankende parts syn en saksbehandlingsfeil når retten avgjør spørsmålet uten å skaffe seg den nødvendige kunnskap/innsikt i faktum. Det er nærliggende å anta at en slik feil kan ha hatt betydning for avgjørelsen (jf tvl § 29-21 (1)).

### 3.2 Subsidiære anførsler.

Dersom ankedomstolen opphever tilleggskjennelsen anføres subsidiært det at dette må føre til at også kjennelse av 30. september 2011 oppheves. En rettskraftig nektelse av tilgang til en del av bevisene vil i dette tilfelle kunne påvirke bevisverdien til den andre delen. Krav om tilgang til bevis, som kan påvirke hverandres bevisverdi, bør derfor avgjøres samlet. Et særskilt moment i denne sak er at resultatet er en konsekvens av en ren forglemmelse fra Follo tingretts side. Spørsmålene skulle vært avgjort i én og samme kjennelse.

Uavhengig av lagmannsrettens avgjørelse i forhold til tilleggskjennelsen anføres subsidiært at retten ved kjennelse av 30. september 2011 har anvendt tvisteloven § 26-5 tredje ledd feil. I forhold til lovtolkningen vises til drøftelsene i denne ankes punkt 2.2.

I forhold til faktum må det uten videre kunne legges til grunn at Oslo tingrett ikke har mistet tilgang til Lovisa eller slettet hele journalen, og at denne inneholder de begjærte opplysningene (feltet journaldato i journalpostene er en obligatorisk del av NOARK 4-standardens attributter, som det underliggende systemet ePhorte bygger på, og dermed direkte synlig/tilgjengelig for brukere av Lovisa, både på skjerm og som utskrift).

I forhold til resten av subsumsjonen (bevisverdien) vises likeledes til prosesskriv av 11. mai 2011 og stevningen av 13. september 2010.

Retten bemerker videre (på side 4):

*Etter rettens oppfatning har Oslo tingrett nedlagt et betydelig arbeid for å fremskaffe materiale til Marti, jf. fremstillingen overfor.*

Ankende part bestrider ikke at Oslo tingrett har nedlagt et betydelig arbeid med å fremskaffe ”materiale”. Men når et dokument som det spesifikt er begjært innsyn i, og som åpenbart eksisterer, ikke er en del av dette materialet, er det nærliggende å legge til grunn at årsaken til manglende utlevering ikke er den praktiske ulempen eller kostnaden. Nettopp det forhold at tingretten har nedlagt et betydelig arbeid og likevel velger ikke å etterkomme eller kommentere ett enkelt av bare fire helt konkrete krav, må etter ankende parts syn tale for at opplysningene kan ha bevisverdi, og at det derfor bør gis tilgang til dokumentet/opplysningene.

Ved vurderingen av om «kostnaden» med å gi tilgang til tingrettens dokumentjournal som realbevis er proporsjonalt, er det etter ankende parts syn også relevant at journalopplysningene bør være omfattet av begrepet «sakens dokumenter» som domstolen uansett ville vært forpliktet å gi ankende part tilgang til etter straffeprosessloven § 28 (i gebyrsaken).

Journalen inneholder, på samme måte som sakens papirbaserte dokumenter, opplysninger som kan ha vært en del av rettens faktiske grunnlag i anken over saksbehandlingsfeil i gebyrsaken. I tråd med det teknologinøytrale dokumentbegrepet som anvendes i offentlighetsloven må disse saksopplysningene ansees som et saksdokument, uavhengig av om de er skrevet ut på papir eller ikke. Selv om en slik løsning er usikker, og retten ved behandling av denne anken prinsipielt ikke behøver å ta stilling til en slik anførsel, kan ankende part likevel ikke se at domstolene skulle ha noen legitim interesse i å nekte innsyn i dokumentjournalens opplysninger (eller en e-post til en dommer) i partens egen sak.

#### 4. Avslutning og påstand.

Den konkrete bevisverdien til de begjærte dokumentene/opplysningene er avhengig av om ankemotparten opprettholder en antydning om anførsel (jfr siste avsnitt i tilsvar av 4. mars 2011) om at forsendelser det er begjært innsyn i, aldri har eksistert.

Ved Follo tingretts brev av 21. desember 2011 (dok 53) var ankemotparten opprinnelig gitt frist til å presisere sitt påstandsgrunnlag innen utløpet av ankefristen for herværende anke. Etter at retten har gitt ankemotparten utsatt frist, er ankende part henvist til å vurdere nytten av en anke, uten å kjenne til motpartens presiserte påstandsgrunnlag. Den varslede presiseringen vil muligens gi ytterligere grunnlag for å vurdere opplysningenes bevisverdi. Det vil dessuten kunne føre til at behandling av denne anken, eller søksmålet, blir overflødig og kan frafalles/heves.

Inntil kommunens svar måtte foreligge velger ankende part (av prosessuelle årsaker) prinsipielt å nedlegge påstand om at kjennelsene oppheves.

Ankende part nedlegger følgende

##### **påstand:**

1. Follo tingretts kjennelse av 30. september 2011 oppheves.

*subsidiært:*

*Oslo tingretts pålegges å fremsende til Sven Andreas Marti utskrift(er) som opplyser om journalføringsdatoene for alle dokumenter med dokumentnummer 1 til og med 22 i sak 09-152862ENE-OTIR/05.*

2. Follo tingretts kjennelse av 16. desember 2011 oppheves.

*subsidiært:*

*Oslo kommune pålegges å fremsende til Sven Andreas Marti samtlige opplysninger fra sitt elektroniske journalføringssystem som kan sammenstilles med enkle fremgangsmåter, avgrenset til journaler spesifisert i påstand 1 i stevning av 13. september 2010 i herværende sak.*

*Oslo kommune pålegges å fremsende til Sven Andreas Marti e-post av 23. november 2009 kl. 14:50 fra Trafikketaten til Oslo tingrett ved XXXXXXXX med kopi til dommer XXXXXXXX, og alle vedlegg (og bare vedlegg til nevnte e-post).*

\* \* \*

Denne anken i 6 – seks – likelydende eksemplarer, hvorav Oslo kommunes prosessfullmektige er oversendt 2 - to - eksemplarer.

Oslo, 30. januar 2012,

Sven A. Marti