

UiO : **Det juridiske fakultet**

Bevissikring utenfor rettssak

Unnlatelse av varslings om bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 ved krenkelser der krenkeren er ukjent

Kandidatnummer: 508

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 12121



Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	1
1.1 Tema	1
1.2 Problemstilling.....	2
1.3 Veien videre	2
2 RETTSKILDER.....	3
3 BEVISSIKRING UTENFOR RETTSSAK I TVISTELOVEN.....	4
3.1 Fra tvistemålslov til tvistelov.....	4
3.2 Bakgrunnen for tvisteloven kapittel 28.....	5
3.3 Tvisteloven § 28-1: Hva inngår i begrepet bevissikring.....	7
3.4 Tvisteloven § 28-2: Vilkår for bevissikring.....	9
3.4.1 Beviset kan få betydning i en tvist.....	9
3.4.2 Den som setter frem begjæringen vil kunne bli part eller partshjelper	10
3.4.3 Nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket.....	11
3.4.4 Av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist	12
3.5 Rt. 2010 s. 774 - Max Manus.....	13
3.6 Opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt.....	16
3.6.1 Forholdet til EMK artikkel 8	18
3.7 Bevissikring i flere omganger.....	19
3.8 Tvisteloven § 28-3: Begjæring om bevissikring.....	21
3.8.1 § 28-3 første ledd: Domstol der sak i tilfelle kunne vært reist	21
3.8.2 § 28-3 annet ledd: Hovedregelen om varsling.....	22
3.8.3 § 28-3 tredje ledd: Unntak fra varslingsplikten ved nødvendig rask gjennomføring av bevissikring.....	24
3.8.4 § 28-3 fjerde ledd: Unntak fra varslingsplikten ved fare for bevisforspillelse	25

3.8.5	TRIPS-avtalen	30
3.9	Ukjent motpart	32
4	FORESLÅTTE ENDRINGER I ÅNDSVERKLOVEN.....	34
5	FORSLAG TIL LØSNING.....	37
6	KONKLUSJON	41
7	LITTERATURLISTE	42
7.1	Lover.....	42
7.2	Dommer	42
7.2.1	Høyesterett.....	42
7.2.2	Lagmannsrett	42
7.2.3	Tingrett	42
7.3	Forarbeider og uttalelser	42
7.3.1	Utredninger:.....	42
7.3.2	Lovforslag.....	42
7.3.3	Innstillinger til Odelstinget.....	43
7.4	Bøker.....	43
7.5	Internett.....	43

1 Innledning

1.1 Tema

Oppgavens tema er varsling ved bevissikring utenfor rettssak der identiteten til den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot er ukjent. Oppgaven vil ta for seg tvisteloven kapittel 28 der vi finner bestemmelser som kan gi rett til å begjære bevissikring utenfor rettssak. Hovedregelen i tvisteloven er at personer som bevisopptaket gjelder, skal varsles om dette før bevisopptaket foretas. Loven inneholder også unntak som kan utsette varsling ved behov, men den sier ingenting om hvordan man skal varsle en som er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot dersom man ikke vet hvem personen er.

Oppgaven bruker elektronisk kommunikasjon som eksempel, men utelukker likevel ikke at problemstillingen også gjelder andre tilfeller av bevissikring der identiteten til en av partene er ukjent. Utviklingen i samfunnet går i en retning hvor stadig mer av den daglige kommunikasjonen foregår elektronisk, hvor det legges igjen spor som man kan spore opp ved behov. For eksempel så har mobiltelefonen blitt allemannseie og med Internett-fenomener som Facebook, Twitter, Instagram og utallige blogger utleverer folk stadig mer av seg selv og andre. Dessverre ser vi også i større grad tilfeller av nettmobbing, ufrivillig deling av bilder og andre typer krenkelser der folk gjerne gjemmer seg bak hemmelige telefonnumre, kallenavn og IP-adresser. I mange av disse tilfellene er det vanskelig å vite hvem den ansvarlige faktisk er, så ved slike krenkelser er det ikke alltid like enkelt å identifisere den man skal gå til sak mot eller rette erstatningskrav mot. I slike tilfeller er det også ofte at man ikke ønsker å varsle om bevissikringen fordi beviset er av en sånn karakter at det er lett å slette eller ødelegge det dersom vedkommende får varsel om bevissikringen på forhånd. Siden hovedregelen er at det skal varsles, kreves det i slike tilfeller en lovfestet rett til unntak, og den finnes i § 28-3 fjerde ledd. Når i tillegg krenkeren er ukjent, og beviset som ønskes sikret er vedkommendes identitet, vil det heller ikke være mulig å varsle på forhånd. Det er disse tilfellene som vil bli diskutert videre.

På grunn av samfunnsendringene oppstår det nye problemstillinger og dermed behov for lovendringer eller nye lover. Også ved krenkelser av immaterielle rettigheter på Internett, for eksempel ved ulovlig fildeling, er det vanskelig å vite hvem som har utført handlingen uten å kontakte internettleverandøren for å få utlevert abonnentsopplysningene om identiteten bak den mistenkte IP-adressen. Nå er et lovendringsforslag til åndsverkloven¹ på trappene som vil gjelde ved slike krenkelser av opphavsrettigheter på Internett.

Hva gjør man så i de andre tilfellene der krenkerens identitet er ukjent og man derfor ikke kan varsle, og det ikke er snakk om immaterielle rettigheter, men for eksempel krenkelser av personlig karakter? Er tvistelovens nåværende regler anvendelige eller er den foreslåtte løsningen i åndsverkloven egnet til å overføres også til tvistelovens alminnelige regler om bevissikring?

1.2 Problemstilling

Hva er vilkårene for å kunne unnlate å varsle den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot ved bevissikring utenfor rettssak etter tvisteloven kapittel 28? Og hva gjelder når identiteten til motparten er ukjent slik at man faktisk ikke kan varsle om bevissikringen?

1.3 Veien videre

I oppgaven vil det fokuseres på vilkårene for å unnlate varsling ved bevissikring i ulike tilfeller. Tvisteloven kapittel 28 vil bli gjennomgått, og i tillegg vil det ses nærmere på lovendringsforslaget til åndsverkloven. Av rettskilder er Max Manus-saken² aktuell fordi den tok opp viktige prinsipielle spørsmål knyttet til taushetsbelagte opplysninger og om de kunne brukes som bevis.

¹ Prop. 65 L (2012–2013) om endringer i åndsverkloven (tiltak mot krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett)

² Rt. 2010 s. 774

2 Rettskilder

Hovedfokuset på rettskildene vil ligge på tvisteloven³, og særlig kapittel 28 om bevissikring utenfor rettssak. Forholdet til den gamle tvistemålsloven⁴ vil også bli tatt opp, da særlig hensynene bak de ulike paragrafene og endringene som ble lagt til ved vedtagelsen av den nye loven. TRIPS-avtalen⁵ er også aktuell, da særlig om de endringene den medførte i tvistemålsloven ved ratifiseringen. I tillegg vil lovendringsforslaget som foreligger til åndsverkloven⁶ bli diskutert fordi det endrer rettstilstanden ved krenkelser av immaterielle rettigheter i saker der oppgavens problemstilling står sentralt.

Det er skrevet lite litteratur om bevissikring utenfor rettssak, og det er kun et fåtall Høyesterettsdommer som bygger på reglene. Fremstillingen vil derfor baseres mye på forarbeider og utredninger både for tvistemålsloven og tvisteloven. For eksempel så tar utredningen til Tvistemålsutvalget, NOU 2001:32 "Rett på sak", for seg lovreformasjonen fra tvistemålslov til tvistelov, og er derfor mye anvendt i oppgaven.

Som nevnt er Max Manus-kjennelsen⁷ aktuell som rettspraksis. Før dommen kom var det lite rettspraksis på området, og saken har derfor fått stor betydning. Høyesterett tok her opp viktige prinsipielle spørsmål som er tett knyttet opp mot problemstillingen. Saken omhandlet spørsmål om internettleverandøren kunne utlevere taushetsbelagte opplysninger om identiteten på en abonnent som saksøkerne mente hadde krenket deres immaterielle rettigheter. Saksøkerne hadde oppsporet en IP-adresse som de hadde mistanke om var brukt til piratkopiering og ulovlig tilgjengeliggjøring av to filmer som de hadde eksklusive rettigheter til. Det var mistanke om at IP-adressen også sto bak opprettelsen av en fildelingstjeneste der blant annet disse filmene var tilgjengeliggjort.

³ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

⁴ Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6 (opphevet)

⁵ Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

⁶ Lov om opphavsrett til åndsverk (åndsverkloven) av 2. mai 1961 nr. 2

⁷ Rt. 2010 s. 774

3 Bevissikring utenfor rettssak i tvisteloven

3.1 Fra tvistemålslov til tvistelov

Tvisteloven regulerer den sivile rettspleien, og er en videreføring av den gamle tvistemålsloven. Lovforslaget bygger på Tvistemålsutvalgets utredning⁸ ”Rett på sak”. Hovedformålet med lovreformen var å skape en rettstradisjon som både var effektiv og hadde høy kvalitet. Forarbeidene⁹ formulerte det slik:

”Hovedformålet med reformen er å gi en mer effektiv sivil rettspleie som gir raskere, billigere og riktigere tvisteløsning for partene som bidrar til tvistavklaring. Det er et mål både at tvister om mulig kan bli løst utenfor domstolene i saker der det er behov for det. I saker som føres for domstolene må reglene legges til rette for en effektiv og rettssikker behandling.”

Videre legges det i forarbeidene vekt på at det skal være et proporsjonalitetsprinsipp i håndteringen av den enkelte sak slik at omfanget av saksbehandlingen står i forhold til tvistens betydning. Prinsippet kommer til uttrykk blant annet i formålsparagrafen til tvisteloven. § 1-1 første ledd lyder:

”Loven skal legge til rette for rettferdig, rask, effektiv og tillitsskapende behandling av rettsvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler. Loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene.”

I utredningen til tvisteloven ble det vektlagt at ”bevissikring utenfor rettssak er et ekstraordinært virkemiddel, som forutsettes å ha et forholdsviss snevert anvendelsesområde”.¹⁰ Hovedregelen er bevisopptak i rettssak jf. tvisteloven kapittel 27.

⁸ NOU 2001:32

⁹ Ot. prop. nr. 51 (2004-2005) punkt 1.1

¹⁰ NOU 2001: 32 s. 989

3.2 Bakgrunnen for tvisteloven kapittel 28

Tvistemålsloven §§267-271a ble grunnlaget for den nye tvisteloven kapittel 28. I forarbeidene til tvistemålsloven¹¹ står det at reglene om bevissikring utenfor rettssak må gis for at tilgangen til å benytte slike bevis ikke skal bli avskjært:

”Skal man ikke afskjæres fra at benytte forhaandenværende beviser, maa disse regler gives. Saameget mere ubetænkelige er de, som jo ogsaa ellers bevisførsel i nødstilfælde kan finde sted uden varsel til modparten”.

Formålet med kapittel 28 er blant annet å kunne sikre bevis for en fremtidig rettssak. Det er flere grunner til at man kan ønske å sikre bevis før saken er reist. For det første kan det være behov for å sikre beviset dersom det er nærliggende at en sak vil bli reist i fremtiden, og det er fare for at beviset vil gå tapt eller ikke kan føres, dersom det ikke sikres før saken er reist. For det andre så kan en part ønske å vurdere sin rettslige posisjon med tanke på en mulig rettstvist, og ønsker å ha sikret beviset dersom det blir sak. For det tredje så legger tvisteloven vekt på at saker skal forsøkes løst før de tas til domstolen, for eksempel ved hjelp av utenrettslig mekling jf. tvisteloven kapittel 7. Derfor kan det være ønskelig å sikre beviset så snart som mulig for å kunne vurdere å løse saken på en alternativ måte. I utredningen til lovforslaget¹² ble det lagt vekt på at dersom et søksmål skal anlegges så er det viktig at grunnlaget for saken er ordentlig opplyst:

”I tvisteloven er det et mål å legge til rette for løsninger gjennom forhandlinger før det er reist sak, og reglene må da være slik at partene har et ordentlig grunnlag å forhandle på. Det må også – selvfølgelig – være et mål at reglene er slik at de hindrer at søksmål anlegges på et uholdbart faktisk grunnlag.”

Tvisteloven § 28-1 ble lagt til som en ny bestemmelse ved lovreformen. Det ble her tilføyd til loven hva som menes med bevissikring, og angir videre hvilke tiltak som kan

¹¹ Ot. prp. nr. 1 (1910) Motiver til revideret utkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal

¹² NOU 2001: 32 s. 987-988

gjennomføres. Loven inneholdt ikke tidligere en slik presisering av hva bevissikring innebærer. Bestemmelsen gir tilgang til beviset og mulighet for å kunne undersøke det, men det presiseres i Norsk Lovkommentar¹³ at det likevel ikke gis tilgang til ytterlige bevis bare fordi en part får tilgang til bevissikring utenfor rettssak.

Twisteloven § 28-2 er en videreføring av bestemmelsen i tvistemålsloven § 267. I tillegg ble bestemmelsen utvidet med ”av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist” som et nytt alternativ til grunner for at man kan begjære bevissikring utenfor rettssak. Formålet med utvidelsen var å gi en videre tilgang enn til anvendelsen i det videreførte alternativet ”kan få betydning” i en eventuell tvist. Vurderingsnormen for å bruke tilleggsalternativet skal være noe strengere enn det videreførte alternativet fordi det gir en utvidet mulighet for den som sannsynligvis vil bli part til å sikre bevis på forhånd siden det her ikke er krav til at beviset kan få betydning i en tvist.

Twisteloven § 28-3 første til tredje ledd er en videreføring av reglene i tvistemålsloven §§ 268 til 271. Ved lovreformen til tvisteloven ble det i tillegg lagt til regler om bevistilgang. I utredningen til lovforslaget¹⁴ ble det vektlagt at bevistilgang var viktig fordi det var ønske om en mer generell adgang til å sikre bevis som ellers ville vært vanskelig å føre eller kunne gått tapt. I tillegg ville en slik bevistilgang gjøre at saken lettere kunne løses utenfor rettssak siden partene ville få en bedre oversikt over sakens faktiske forhold:

”Uten regler om bevistilgang vil en part kunne bli stilt i en meget vanskelig situasjon i tilfeller hvor det kan være grunnlag for å fremme krav eller å godta et krav som rettes mot parten. Parten kan bli stilt ovenfor valget om å reise sak etter eller ta til motmæle i saken på et uholdbart faktisk grunnlag eller avstå fra å reise sak eller ta til motmæle i en sak tross for at faktiske forhold som han ikke kjenner, tilsier noe annet. Like viktig er at manglende mulighet for tilgang til bevis kan medføre at partene ikke forsøker å nå frem til en minnelig ordning gjennom forhandlinger, eller at

¹³ Lødrup, Peter m.fl. – Norsk Lovkommentar (2008) s. 4111

¹⁴ NOU 2001: 32 s. 987-988

forhandlinger og forhandlingsresultat blir preget av at en av partene ikke kjenner det som burde vært en faktisk premis for den avtale som inngås. Ved å få tilgang til bevis i slike situasjoner vil parten samtidig sikre beviset for sin rettslige posisjon om det skulle komme til sak.”

Tvisteloven § 28-3 fjerde til sjettede ledd tilsvarer tvistemålsloven §271a. Formålet med § 271a var å tilfredsstille Norges forpliktelser etter TRIPS-avtalen, som vil bli nærmere forklart i punkt 3.8.5, og dermed åpne for bevisopptak utenfor rettssak uten forhåndsvarsel til motparten. I et lovendringsforslag¹⁵ til tvistemålsloven ble det da tatt inn i loven at det kunne begjæres bevissikring utenfor rettssak uten varsling til den som var nærliggende å ville bli motpart. I merknadene til § 271a ble det lagt vekt på at saksøker må ha rettslig interesse i bevisopptaket som eventuell part eller partshjelper. Hovedhensikten med lovendringen var å sikre bevis som ellers kunne gå tapt eller ble umulig å føre dersom det ikke kunne sikres før saken ble reist.

Reglene for gjennomføringen av bevissikringen er gitt i kapittel 26 og 27 som omhandler realbevis og bevisopptak i rettssak og gjelder tilsvarende så langt de passer jf. § 28-4.

3.3 Tvisteloven § 28-1: Hva inngår i begrepet bevissikring

Tvisteloven § 28-1 beskriver de to formene for bevissikring utenfor rettsak. Den første formen for bevissikring er rettslig avhør som er opptak av forklaring fra parter, vitner eller sakkyndige. Den andre formen er tilgang realbevis og til undersøkelse av realbevisene. Beviset må være av en sånn art at det kan egne seg som bevis i en etterfølgende rettssak. § 28-1 lyder:

”Ved bevissikring utenfor rettssak kan det foretas rettslig avhør av parter og vitner og gis tilgang til og foretas undersøkelse av realbevis.”

¹⁵ Ot.prop. nr. 33 (2003-2004)

Realbevis kan være fysiske ting som personer og eiendeler, men også elektronisk lagret materiale som er av interesse for saken. Realbevis er nærmere definert i § 26-1 som:

”personer og gjenstander (fast eiendom, løsøre, dokumenter, elektronisk lagret materiale mv.) hvor personen eller gjenstanden, eller dens egenskaper, tilstand eller innhold, inneholder informasjon som kan ha betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken.”

Med ”tilgang til og foretas undersøkelse av realbevis” menes at dersom man har fått tak i beviset eller innvilget tilgang til det kan det foretas nødvendige undersøkelser av det, for eksempel utlevering eller kopiering av dokumenter og lignende.

Krav om bevissikring kan rettes mot alle som kan ha bevis av betydning for en mulig tvist, uavhengig av om de selv vil kunne bli involvert i denne.

Tvisteloven har et prinsipp om fri bevisføring, men noen bevis kan det være forbud mot å bruke, mens andre kan det være bevisfritak for. Dette reguleres av tvisteloven kapittel 22. Et eksempel på bevisforbud er opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt i § 22-3. Dette vil bli aktuelt i den senere fremstilling sett i sammenheng med Max Manus-saken.¹⁶ I tillegg angir § 21-8 en begrensning i bevisførselen ut fra krav om et rimelig forhold mellom ”den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen”. Dette er et uttrykk for proporsjonalitetsprinsippet i tvisteloven, og vil også være aktuell ved bevissikring utenfor rettssak.

¹⁶ Rt. 2010 s. 774

3.4 Tvisteloven § 28-2: Vilkår for bevissikring

Tvisteloven § 28-2 angir de materielle reglene for bevissikring utenfor rettssak, og lyder:

”Bevissikring kan begjæres når beviset kan få betydning i en tvist hvor den som setter frem begjæringen, vil kunne bli part eller partshjelper, og det enten er en nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket, eller av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist”

3.4.1 Beviset kan få betydning i en tvist

Det første vilkåret for at det i det hele tatt kan igangsettes bevissikring utenfor rettssak er at beviset ”kan få betydning” i en eventuell tvist. ”Kan få betydning” vil etter ordlyden tilsi at det ikke er krav om sannsynlighetsovervekt for at beviset kan brukes, og det er heller ingen krav til at det må være et fellende bevis dersom det sikres. Det er likevel krav til at beviset er av en sånn art at det egner seg som bevis i en etterfølgende rettssak jf. § 28-1.

Formålet med vilkåret er at dersom det ikke blir behov for å bruke beviset i den eventuelle saken likevel, så skal ikke det være avgjørende for om det kan sikres eller ikke.

Et av hovedprinsippene i tvisteloven er at man har fri bevisføring jf. § 21-3. I forarbeidene til tvisteloven¹⁷ begrenses realbevis negativt som ”andre bevismidler enn forklaringer for retten av parter, vitner og sakkyndige” og positivt som ”personer og alle typer gjenstander, herunder fast eiendom, som er bærere av informasjon i saken”. Her skal ”gjenstand” gis en videre betydning, og dermed ikke begrenses til noe som kun er i fysisk forstand, dermed går også elektronisk lagret bevis under forståelsen.

Det gis her en bred tilgang til vurdering av hva som kan være realbevis, og dermed kan også opplysninger om en identitet være bevis jf. rettspraksis i Max Manus-saken.

¹⁷ NOU 2001: 32 ”Rett på sak” s. 977-978

Hensynet bak vilkåret er at det kan være viktig at bevis sikres før rettssak for å kunne vurdere om man faktisk har en sak eller ikke, slik at man kan ivareta sine rettslige interesser.

3.4.2 Den som setter frem begjæringen vil kunne bli part eller partshjelper

Videre er det vilkår at ”den som setter frem begjæringen, vil kunne bli part eller partshjelper”. Her er det etter ordlyden nok at den ”vil kunne bli”, altså ikke et krav om at man må være sikker på at man blir part eller partshjelper i en eventuell sak, men det er likevel krav til en alminnelig rettslig interesse jf. tvisteloven § 1-3.

Den som er part i saken vil få partsrettigheter. Formålet med partsrettigheter er blant annet å gi parten krav til å få begjæringen og avgjørelsen forkynt, rett til å holde avhør av vitner, rett til å føre bevis og rett til å prosedere. I tillegg vil en part ha rett og plikt til å forsvare seg, og legge frem bevis jf. tvisteloven kapittel 21. For å kunne være part i en sak, må man ha partsevne og være prosessdyktig. Hvem som har partsevne defineres i § 2-1 som fysiske personer, ulike sammensetninger og juridiske personer. Prosessdyktighet innebærer evnen til å opptre på egenhånd i en sak, altså å ha prosessuell handleevne. Det vil si evnen til å reise eller ta i mot søksmål. Både partsevne og prosessdyktighet må være tilstede for begge parter før en sak blir anlagt.

Hensynet bak partsrettighetene er blant annet det kontradiktoriske prinsipp som går ut på at partene må gis anledning til å få gjøre rede for sitt syn på de faktiske omstendighetene i saken, og at de må få adgang til å uttale seg om hverandres anførsler.

Andre ganger kan det være uklart om den som setter frem begjæringen vil bli part i en eventuell sak, men da kan reglene om partshjelp komme til anvendelse. Partshjelp kan tillates dersom den som søker dette har et ”reelt behov grunnet i egen rettsstilling for at den ene parten vinner” jf. § 15-7. Så lenge det er rettslig interesse for en eventuell sak så bør dette vilkåret være oppfylt.

Forarbeidene¹⁸ angir formålet med å ta inn partshjelp. Bevissikring kan måtte skje raskt og dermed kan den som er sannsynlig til å bli part være hindret fra å opptre selv, og derfor er bestemmelsen utvidet med partshjelp. Det viktigste er at beviset sikres innenfor tiden som er til rådighet jf. siste del av bestemmelsen.

3.4.3 Nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket

I tillegg må ett av to alternative vilkår være oppfylt før bevissikring kan igangsettes. Det første vilkåret er at det må være en ”nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket” dersom man venter til saken er reist. Etter ordlyden vil ”nærliggende risiko” beskrives som at det må være påregnelig at et slikt scenario kan inntre, altså her at beviset er av en sånn karakter at det på en eller annen måte kan gå tapt eller bli vesentlig svekket, og at det er nærliggende risiko at det vil skje dersom man venter til saken er reist.

Noen bevis er av en sånn karakter at de må sikres raskt for at de ikke skal gå tapt eller bli vesentlig svekket. Formålet med bestemmelsen er at man kan få tilgang til å sikre bevis på en forsvarlig måte før rettssak dersom det nærliggende risiko for at beviset går tapt dersom man venter med å sikre det til rettssak er startet.

Bestemmelsen er en videreføring av tvistemålsloven § 267, men er i følge forarbeidene¹⁹ tilpasset moderne språkbruk. Den gamle bestemmelsen ga tilgang til bevissikring utenfor rettssak ”naar det er grund til at frygte for, at bevis for kjendsgjæringer av retslig betydning ellers vilde gaa tapt, eller at det vilde bli særlig vanskelig at føre det.”

Utenlandske vitner kan også avhøres etter bestemmelsen siden de ikke har møteplikt på norsk utenriksstasjon for fjernavhør, og det kan være kostbart å avhøre vitner ved utenlandske domstoler. Dersom det er fare for at et vitne vil avgå ved døden før saken

¹⁸ NOU 2001: 32 ”Rett på sak” s. 988

¹⁹ NOU 2991: 32 ”Rett på sak” s. 988

kommer i gang, eller fare for at en bevisgjenstand vil gå tapt er vilkåret klart oppfylt. Vilkaeret er derimot ikke oppfylt dersom formålet med bevissikringen er å klargjøre faktiske forhold som et vitne kan klargjøre under en senere rettssak. Dersom vitnet skal reise bort over lengre tid er det normalt heller ikke grunn til å holde bevisopptak utenfor rettssak.²⁰

Hvordan bevisgjenstanden kan gå tapt er ikke avgjørende. Det kan være den som er nærliggende til å bli part i en eventuell sak som selv er ansvarlig for at det går tapt, eller det kan være at beviset er av en sånn kvalitet at det råtner eller automatisk blir slettet dersom det ikke sikres snarest.

Hensynet bak vilkåret er å kunne være føre var, heller enn at man mister viktige bevis fordi man ikke hadde mulighet til å sikre det tidligere.

3.4.4 Av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist

Det andre alternative vilkåret er at det ”av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist”. Ordlyden ”av andre grunner” sikter til en annen begrunnelse enn det som er vilkår i det første alternativet.

Formålet med utvidet bevis tilgang går lenger enn å sikre bevis som ellers kan gå tapt.²¹

Ved å ta inn en utvidet rett i tvisteloven i forhold til i den tilsvarende bestemmelsen i tvistemålsloven så ble det et supplement til det første alternativet med tanke på å utvide grunnlaget for tilgang til bevissikring. I følge forarbeidene²² var hensikten å kunne gi en videre tilgang til bevissikring enn for det første alternativet. Samtidig kreves det en noe strengere vurdering for å kunne anvende vilkåret.

²⁰ Schei, Tore m. fl.: Tvisteloven (2007) - Kommentartutgave (bind II) s. 1248

²¹ NOU 2001: 32 ”Rett på sak” s. 987

²² NOU 2001:32 ”Rett på sak” side 987-988

I følge forarbeidene til bestemmelsen i tvistemålsloven²³ vil vilkåret ”særlig viktig” tilsvare vilkårene for bevisopptak under saksforberedelsen i tvisteloven § 27-1, som angir at vilkåret vil være oppfylt dersom det er helt nødvendig å for ta stilling til beviset. Det vil ikke være nok at en part for eksempel bare er interessert i å vite hva et vitne vet. Vilkaoret skal brukes kun for å skape en betryggende saksforberedelse.²⁴

Det legges her opp til en strengere vurderingsnorm enn for tilfellene i § 27-1 siden den regelen gjelder bevisopptak i rettssak. For å anvende det andre alternative vilkåret må det foretas en konkret vurdering av hvordan saken står, og om det egentlig kan ventes med bevissikring til sak er reist eller ikke. Vurderingsnormen er strengere fordi det er større fare for misbruk ved å utvide tilgangen. I følge utredningen til tvisteloven²⁵ begrunnes faren for misbruk ved at det kan være vikarierende motiver for å begjære bevissikring ”for å kikke motparten i kortene”.

3.5 Rt. 2010 s. 774 - Max Manus

Kan man på generelt grunnlag jf. rettspraksis i Max Manus-saken si at man alltid kan få utlevert identitetsopplysninger dersom vilkårene for § 28-2 er oppfylt?

Max Manus-dommen er relevant fordi den reiser et prinsipielt spørsmål med tanke på privates rett til å få utlevert opplysninger som kan brukes som bevis i en eventuell sak. I saken ble identiteten til en som det var nærliggende at en eventuell fremtidig sak ville bli reist mot sett på som bevis. Saken sto mellom Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS mot Altibox AS (tidligere Lyse Tele AS), og saken reiste prinsipielle spørsmål som Høyesterett ikke hadde behandlet tidligere. Saken omhandlet spørsmål om internettleverandøren Altibox AS kunne utlevere taushetsbelagte opplysninger om

²³ NOU 2001:32 ”Rett på sak” side 988

²⁴ Schei, Tore m. fl.: Tvisteloven (2007)- Kommentartutgave (bind II) s. 1230

²⁵ NOU 2001:32 ”Rett på sak” side 988

identiteten på en abonnent som saksøkerne mente hadde krenket deres immaterielle rettigheter. Saksøkerne hadde oppsporet en IP-adresse som de hadde mistanke om var brukt til piratkopiering og ulovlig tilgjengeliggjøring av filmer. Det var snakk om de to norske spillefilmene Max Manus og Kautokeinoopprøret som saksøkerne hadde eksklusive rettigheter til. Det var mistanke om at IP-adressen også sto bak opprettelsen av en fildelingstjeneste der blant annet disse filmene var tilgjengeliggjort. Det var kun internettleverandøren som hadde tilgang til abonnentens identitet. Saksøkerne visste ikke om det var snakk om en enkeltperson eller et firma som var tilknyttet IP-adressen, og dette problematiserte heller ikke Høyesterett.

I følge § 28-1 så kan det ved bevissikring utenfor rettssak holdes rettslig avhør eller gis tilgang til og foretas undersøkelser av realbevis. I Max Manus-saken var det begjæring om å få utlevert et elektronisk lagret realbevis som da var abonnentsopplysninger om identiteten til en mulig krenker. Det gis her en bred vurderingstilgang av hva som kan være realbevis, og dermed kan etter ordlyden også opplysninger om en identitet være bevis.

Videre er det i § 28-2 krav om at beviset kan få betydning i en tvist. Saksøkerne pretenderte at abonnenten hadde krenket deres immaterielle rettigheter og dermed handlet i strid med etter åndsverkloven § 54 jf. §§ 2, 42 og 45 om opphavsmannens enerett til å råde over verket.

Høyesterett drøftet om bevistilgang til en abonnents identitet ved bevissikring ville være i strid med EMK artikkel 8. Retten slo her fast at pålegg om utlevering av identitetsopplysninger klart vil være et ”inngrep” etter EMK artikkel 8 nr. 1, men etter sakens omstendigheter ville bevistilgang klart oppfylle vilkårene etter artikkel 8 nr. 2 om lovlige inngrep i privatlivets fred. Her var det snakk om inngrep som klart har hjemmel i lov etter reglene om opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt i § 22-3, som abonnentsopplysninger hos en internettleverandør er. Dette vil bli behandlet videre i punkt 3.5. Høyesterett kom i saken frem til at § 28-2 må forstås slik at den omfatter opplysninger som kan gi informasjon om identiteten til en fremtidig saksøkt.

Videre er det krav om at den som setter frem begjæringen vil kunne bli part eller partshjelper. I Max Manus-saken var saksøkerne rettighetshavere til filmene og dermed helt klart de som ville bli part i en eventuell sak. Det ble ansett som nok rettslig interesse at dersom identiteten bak abonnenten til IP-adressen ble utlevert fra internettleverandøren, ville det bli satt i gang sak med krav om erstatning og inndragning jf. åndsverkloven §§ 55 og 56 ovenfor abonnenten.

For å kunne sikre beviset må et av to alternative vilkår være oppfylt. I dette tilfellet var det nærliggende risiko for at identitetsopplysningene kom til å bli slettet dersom de ikke ble sikret utenfor rettssak. Identitetsopplysninger om abonnenters IP-adresser vil bli slettet etter tre uker hos internettleverandørene etter praksis pålagt av Datatilsynet jf. ekomloven § 2-7. Da internetttilbyderen mottok begjæringen om bevissikringen, opplyste de at ”selskapet ville sikre opplysningene om brukeridentiteten til begjæringen er rettskraftig avgjort”. Retten anså at vilkåret for å igangsette bevissikring var oppfylt. I tillegg tok retten med en uttalelse om det andre alternative vilkåret som er at det av andre grunner må være særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist. Grunnlaget for Max Manus-saken går under den strenge vurderingsnormen fordi det kun var internettleverandøren som hadde identitetsopplysningene og at det kun var ved å få tilgang til identitetsopplysningene at rettighetshaverne kunne kreve sin rett. Det ble av Høyesterett vektlagt at det ikke var noen annen måte saksøker kunne få tilgang til identiteten på. Retten uttalte her at:

”Lyse er den eneste som kjenner abonnentens identitet. Dersom ikke saksøkerne gis tilgang til abonnentens identitet, vil de ikke kunne håndheve sine rettigheter etter åndsverkloven gjennom et sivilt søksmål. Retten kan ikke se at det er mulig for saksøkerne å skaffe seg informasjon om abonnentens identitet på annen måte.”

På generelt grunnlag i saker som gjelder identitetsopplysninger, vil normalt vilkårene for bevissikring utenfor rettssak være oppfylt dersom den som setter frem kravet har rettslig interesse i en eventuell fremtidig sak, og at opplysningene vil gå tapt dersom de ikke sikres på forhånd eller det ikke finnes andre måter å få beviset på.

3.6 Opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt

Dersom grunnvilkårene i § 28-2 for å kunne igangsette bevissikring er oppfylt, men opplysningene er taushetsbelagte, skal de da alltid kunne utleveres?

Tvisteloven kapittel 22 inneholder flere bestemmelser som gir bevisforbud og bevisfritak for enkelte opplysninger, som da er unntak fra lovens prinsipp om fri bevisføring. § 22-3 omhandler bevisforbud om opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt for ulike yrkesgrupper som har fått kjennskap til opplysningene gjennom tjeneste eller arbeid. § 22-3 første ledd lyder:

”Det kan ikke føres bevis når dette vil krenke lovbestemt taushetsplikt for den som har opplysningene som følge av tjeneste eller arbeid for stat eller kommune, familievernkontor, postoperatør, tilbyder eller installatør av elektronisk kommunikasjonsnett eller -tjeneste, teknisk kontrollorgan eller statens lufthavnselskap.”

Bevisforbudet gjelder alle typer bevis og bevissituasjoner og er absolutt med mindre det unntas ved samtykke jf. 23-3 annet ledd. Det må da være samtykke fra departementet eller det organet som har fått delegert til seg denne myndigheten før dette kan utleveres, med mindre det er retten som krever det utlevert. Andre ledd lyder:

”Departementet kan samtykke i at beviset føres. Samtykke kan bare nektes når bevisføring kan utsette staten eller allmenne interesser for skade eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold.”

Det er en forutsetning at spørsmålet har vært vurdert av departementet eller det bemyndigede organ før retten kan ta standpunkt til om beviset kan føres. Rettens vurdering om beviset kan føres skal være en ”avveining av hensyn til taushetsplikten og til sakens opplysning” i tillegg skal redegjørelsen for fritaket av taushetsplikt meddeles partene jf. § 22-3 tredje ledd som lyder:

”Etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning kan retten ved kjennelse bestemme at beviset skal føres selv om samtykke er nektet, eller at beviset ikke skal mottas selv om departementet har samtykket. Departementet

skal få redegjøre for sitt standpunkt før retten treffer avgjørelse. Redegjørelsen meddeles partene.”

I Max Manus-saken var det ønske om å få utlevert identitetsopplysninger om en abonnent. Opplysninger om hvilke IP-adresser som er knyttet til hvilken identitet som en internettleverandør sitter på, vil være underlagt krav om at opplysningene skal slettes etter tre uker. I utgangspunktet lagres opplysningene kun for faktureringsformål, og må dermed slettes når det er avklart. På grunn av dette tidskravet som Datatilsynet har satt, bør slike opplysninger sikres snarest for å unngå at de går tapt. Slike leverandøropplysninger er underlagt taushetsplikt etter ekomloven § 2-9 første ledd. Dermed vil ordlyden i § 22-3 første ledd: ”tilbyder eller installatør av elektronisk kommunikasjonsnett- eller tjeneste” gjelde for opplysninger om innholdet av andres bruk av elektronisk kommunikasjon jf. ekomloven § 2-9 første ledd første og annet punktum som lyder:

”Tilbyder og installatør plikter å bevare taushet om innholdet av elektronisk kommunikasjon og andres bruk av elektronisk kommunikasjon, herunder opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter. De plikter å gjennomføre tiltak for å hindre at andre enn de som opplysningene gjelder får anledning til selv å skaffe seg kjennskap til slike opplysninger.”

Internettleverandøren viste til sin taushetsplikt for abonnentsopplysninger etter ekomloven § 2-9 og bestred at det forelå tilstrekkelig hjemmel i dette tilfellet for å fravike denne. Saksøker bestred ikke at opplysningene var taushetsbelagte etter ekomloven, men de mente at det var mulig å sette denne til side og føre beviset jf. tvisteloven § 22-3. Post- og teletilsynet, som har fått delegert myndighet fra departementet, fant at det ikke var urimelig å fritta fra taushetsplikt etter § 22-3 i dette tilfellet. I vurderingen la de avgjørende vekt på nødvendigheten av saksøkers behov for å få identiteten utlevert, og uttalte i den sammenheng at:

”Post- og teletilsynet ser imidlertid at kunnskap om identiteten bak abonnenten som var tildelt IP-adressen er nødvendig for å finne ut hvem rettighetshaver skal rette sine krav mot, og om nødvendig saksøke, ved krenkelser på Internett. Bakgrunnen for

dette er de krav den sivile prosesslovgivningen stiller til angivelse av personalia på sakens parter.”

Høyesterett avveide hensynet til taushetsplikten mot hensynet til sakens opplysning og kom her frem til at det var grunnlag i saken for å kunne drive bevissikring utenfor rettssak etter tvisteloven kapittel 28 jf. tvisteloven § 22-3 andre og tredje ledd om unntak for taushetsplikt for slike opplysninger.

3.6.1 Forholdet til EMK artikkel 8

Høyesterett drøftet som nevnt tidligere om bevis tilgang til en abonnents identitet ved bevissikring ville være i strid med EMK artikkel 8, og fant ut at i saken ville vilkårene i EMK artikkel 2. klart være oppfylt. Høyesterett la vekt på at inngrepet hadde klar hjemmel i lov etter vurderingen av vilkårene til § 22-3, og at inngrepet var begrunnet i hensynet til beskyttelse av andres rettigheter. Det får dermed et legitimt formål. I tillegg ble det nevnt at: ”Bevis tilgang er en forutsetning for rettighetshåndhevelse ved søksmål²⁶.”

Ut fra Høyesteretts vurderinger av sakens omstendigheter mot EMK kan det tolkes som om identitetsopplysninger er godt beskyttet, og at det skal litt til for å få identitetsopplysninger utlevert uten å krenke EMK. Høyesterett la vekt på at vilkåret var klart hjemlet i lov, og at det her var snakk om en krenkelse av et visst omfang. Her kan man nok ikke si at det foreligger en absolutt rett til å få utlevert identitetsopplysninger selv om vilkårene for § 22-3 er oppfylt. Det må i tillegg tas en vurdering av sakens omfang og hvilke typer krenkelser der er snakk om å rettsforfølge.

²⁶ Rt. 2010 s. 774, avsnitt 57

3.7 Bevissikring i flere omganger

Skal alle type opplysninger kunne utleveres så lenge beviset kan få betydning i en eventuell sak ut i fra vilkårene i § 28-2? Hva med tilfeller der det er snakk om annet enn identiteten?

Man kan tenke seg et tilfelle der det er behov for i første omgang å få utlevert selve IP-adressen, for så senere å kunne få utlevert identiteten bak, for så å kunne gå til sak mot krenkeren.

Et eksempel kan være et tilfelle der en person er anonym og gjemmer seg bak kallenavnet A på Internett. A legger ut krenkende opplysninger om en navngitt person B på en åpen blogg. B ønsker så å vite hvem A er for å eventuelt kunne gå til sak om æreskrenkelser²⁷. Vil vilkårene for bevissikring her være oppfylt? Her vil det være identiteten til krenkeren som er aktuelt å finne, men siden det eneste utgangspunktet er kallenavnet så er det mest nærliggende å kontakte tilbyderer av bloggnettstedet for å kunne kreve opplysninger om identitet utlevert derfra. Hvis dette skjer for eksempel hos Blogg.no²⁸ er vilkårene for å ha blogg blant annet at man ikke skal lage ”gossipblogger” eller ”sladreblogger”. Dersom dette likevel ikke følges står det om utlevering av informasjon til tredjepart at:

”Våre systemlogger kan inneholde IP-adresser, e-postadresser, mobilnummer og lignende, som i noen tilfeller kan kobles til en bestemt bruker. Disse loggene benyttes kun internt i forbindelse med administrasjon av tjenesten og deles i utgangspunktet ikke med brukere eller andre parter.

Dog kan politiet på direkte forespørsel fra politijurist få dette utlevert. I spesielle tilfeller, for eksempel der det er fare for liv eller helse, vil vi selv kontakte politiet med denne informasjonen.”

²⁷ Straffeloven kapittel 23

²⁸ faq.blogg.no/infosider/retningslinjer.html

I første omgang vil det være behov for at den som vil bli part eller partshjelper har en rettslig interesse i saken. Her vil B klart ha rettslig interesse for å gå til sak og vil dermed bli part i saken både når det kommer til å få utlevert IP-adressen og når det gjelder å få utlevert identitetsopplysninger. Det vil være behov for As identitet for å kunne oppfylle kravene til saksanlegg. Det er krav om at beviset kan få betydning i en tvist, men det er ikke krav til at det må være en etterfølgende tvist. Vilket om at beviset ”kan få betydning”, er da klart oppfylt både når det gjelder å først få utlevert IP-adressen og så for å få utlevert selve identiteten.

Her kan det være nærliggende risiko for at beviset går tapt eller vil bli vesentlig svekket dersom ikke bloggnettstedet lagrer de ulike IP-adressene over lengre tid. I tillegg vil internettleverandøren mest sannsynlig slette opplysningene etter tre uker. Når det her i tillegg må gjennom to runder i retten, så vil nok vilkåret om nærliggende risiko være oppfylt i begge tilfellene.

Av andre særlige grunner for å få tilgang til beviset kan nevnes dersom denne mobbingen eller utleveringen har foregått over en periode kan det være interessant for den som blir krenket å ta en skjermdump av innleggene og dermed ha flere bevis for en eventuell sak.

I følge reglene i § 28-2 så kan man få utlevert de fleste typer av opplysninger, også de som ikke dreier seg om identiteten til den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot.

3.8 Tvisteloven § 28-3: Begjæring om bevissikring

3.8.1 § 28-3 første ledd: Domstol der sak i tilfelle kunne vært reist

Første ledd angir de prosessuelle reglene for begjæring om bevissikring. Paragrafen bestemmer hvilken domstol begjæringen skal fremmes for. I tilfeller der man ikke vet hvem den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot er bosatt så kan man fremme begjæringen der hvor det er sannsynlig at saken kunne ha vært reist. Paragrafen lyder:

”Begjæring om bevissikring fremmes for den domstol der sak i tilfelle kunne ha vært reist. Er det klart at bevissikringen bør skje ved annen domstol, kan kravet fremmes for denne. Er det allerede fremmet krav om bevissikring i saksforholdet, fremmes det nye kravet for samme domstol. § 4-7 gjelder tilsvarende.”

Bestemmelsen avviker fra den forutgående bestemmelsen i tvistemålsloven § 268 som bestemte at begjæringen skulle fremsettes muntlig eller ved prosesskrift for tingretten på det stedet der de som skulle avhøres bodde eller oppholdt seg, eller hvor tingen skulle granskes. Ved reformen ble dette endret fordi det var mer praktisk, særlig i saker der motparten er ukjent.

I Max Manus-saken ble begjæringen fremmet for Stavanger tingrett fordi internettleverandøren hadde sitt tilholdssted der. Abonnten hadde ikke retten kjennskap til hvor holdt sted. Tingretten²⁹ uttalte:

”Retten antar kravene kan fremmes for Stavanger tingrett, jf. tvl. §28-3 (1). I forhold til abonnenten er, all tid identiteten ikke er kjent, ikke mulig å si noe om bosted/forretningssted e.l. Det er derfor ikke mulig å angi hvor sak mot abonnenten kan reises. Lyse blir imidlertid part i begjæringen og i og med at kravet om bevissikring er rettet mot selskapet, jf. tvl. § 28-3 (2), og Lyse holder så vidt forstås til i Stavanger Kommune jf. tvl. § 4-4 og § 4-5.”

²⁹ TSTAV-2009-55827

Dersom begjæringen viser seg fremmet for en domstol som ikke har stedlig domsmyndighet, skal ikke domstolen avvise saken, men henvise den til en stedlig kompetent domstol jf. tvisteloven § 4-7. På den måten bør det ikke være noe problem at identiteten ikke er kjent i før bevissikringen er gjennomført.

3.8.2 § 28-3 annet ledd: Hovedregelen om varsling

Annet ledd sier noe om hvem som skal angis som motpart i en eventuell sak. Paragrafen lyder:

”I tillegg til den som begjæringen direkte retter seg mot, angis som motpart den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot.”

Bestemmelsen utvider partsbegrepet i forhold til § 28-2 som gjelder for en som vil bli part eller partshjelper, ved å ta inn begrepet ”angis som motpart den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot”. Ordlyden ”nærliggende” skal forstås som den mest sannsynlige.³⁰

Den som er part i en sak vil ha rett, men ikke plikt til å utøve partsrettigheter som for eksempel mulighet til å komme med innsigelser. Hensynet bak finnes i forarbeidene til tvistemålsloven³¹ som sier at:

”Det er en selvfølge at den som det ønskes bevis tilgang mot, gjøres til motpart slik at eventuelle innsigelser kan bli prøvd. Det er også rimelig å gi den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot, status som motpart ved begjæringen.”

³⁰ Lødrup, Peter m.fl : Norsk lovkommentar bind 3 1998-2008 (2008) s. 4111

³¹ NOU 2001: 32B ”Rett på sak” side 989

Hovedregelen for en som er part er at den skal varsles før bevissikringen finner sted jf. §§ 5-2 og 5-3. Der det blant annet i § 5-2 første ledd heter:

”Før sak reises, skal parten skriftlig varsle den det er aktuelt å reise sak mot. Varslet skal opplyse om det krav som kan bli fremmet, og grunnlaget for det. Varslet skal oppfordre den annen part til å ta stilling til kravet og grunnlaget.”

Kravet om at partene skal varsles om sak kommer langt på vei av kontradiksjonsprinsippet som er et av de grunnleggende rettsprinsippene i norsk rett. Prinsippet går ut på at begge partene skal kunne forberede seg til saken, og er basert på ”fair trial” eller ”rettferdig rettergang” i EMK art. 6. Prinsippet er lovfestet flere steder i tvisteloven og kommer blant annet til uttrykk i tvisteloven § 11-1 tredje ledd første punktum med ordlyden:

”Retten kan ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om.”

Dersom en part ikke har fått muligheten til å uttale seg om noe som var viktig for sakens avgjørelse, vil dette anses for en saksbehandlingsfeil. Justis- og beredskapsdepartementet uttalte i lovforslaget³² til ny tvistelov at:

”Det sentrale i prinsippet går ut på at partene må gis anledning til å få gjøre rede for sitt syn på de faktiske omstendigheter, og at de må få adgang til å uttale seg om hverandres anførsler. Det siste forutsetter også rett til innsyn i dokumenter. Sentrale deler av kontradiksjonsprinsippet følger langt på vei av likhetsprinsippet, som innebærer at partene skal være tillagt de samme prosessuelle rettigheter i prosessen. Begge prinsipper henger nær sammen med det generelle kravet om en rettferdig rettergang.”

³² Ot. Prop nr. 51 (2004-2005) punkt 13.2.2 s. 164

3.8.3 § 28-3 tredje ledd: Unntak fra varslingsplikten ved nødvendig rask gjennomføring av bevissikring

§ 28-3 tredje ledd gjør unntak fra hovedregelen om at motparten skal varsles på forhånd om bevissikring utenfor rettssak:

”Bevissikring kan iverksettes straks dersom rask gjennomføring er nødvendig for å sikre beviset. Om mulig skal motparten varsles før bevissikringen slik at motparten kan la seg representere under denne. Dersom varsling ikke lar seg gjennomføre i tide, skal retten så vidt mulig oppnevne en representant for motparten og snarest underrette motparten om det som er foretatt.”

3.8.3.1 Nødvendig med rask gjennomføring

Hovedregelen er at motparten skal varsles før beviset sikres, men dersom dette ikke lar seg gjøre skal han underrettes snarest etterpå. Bestemmelsen kommer til anvendelse der det trengs å starte bevissikring umiddelbart. Vilkåret vil for eksempel være oppfylt i tilfeller der det er fare for at beviset går tapt jf. § 28-2. Vurderingen for vilkåret ”rask gjennomføring er nødvendig” vil da være det samme som for det første alternative vilkåret for bevissikring i § 28-2.

3.8.3.2 Ukjent motpart

I forarbeidene til tvisteloven³³ er det tatt med at ukjent motpart er grunn til ikke å varsle om bevissikring før rettssak:

”Det er situasjoner hvor det ikke er mulig å varsle motparten, eller hvor man ikke kjenner til den som kan være motpart, og det kan være hvor det er nødvendig å foreta bevissikringen meget raskt for at denne skal kunne tjene sitt formål.”

³³ NOU 2001:32 B s. 989

3.8.3.3 Oppnevnt representant

Dersom man ikke kjenner til den som kan være motpart, gir bestemmelsen lov til å starte bevissikring uten å varsle den som er nærliggende til å bli motpart i en eventuell sak, men da skal det så vidt mulig oppnevnes en representant som skal ivareta interessene til den ukjente motparten. Det er ikke angitt noen kvalifikasjonskrav til den som oppnevnes som representant, men forarbeidene³⁴ foreslår en fagmann innenfor feltet der det skal foretas bevisundersøkelse, eller så kan det være en advokat. Forarbeidene setter som veiledning at:

”Hovedpoenget er at det må være en som forsvarlig kan ivareta interessene til den vedkommende oppnevnes på vegne av”.

§ 28-3 tredje ledd gjelder for tilfeller der man ikke rekker å varsle på grunn av at rask bevissikring er nødvendig for å sikre at beviset ikke går tapt. I tilfeller der man ikke ønsker å varsle motparten om bevissikringen på grunn av fare for bevisforspillelse gjelder § 28-3 fjerde ledd.

3.8.4 § 28-3 fjerde ledd: Unntak fra varslingsplikten ved fare for bevisforspillelse

Fjerde ledd inneholder også en bestemmelse som gir tilgang til å sikre bevis før motparten varsles og er det andre unntaket til hovedregelen i annet ledd. Bestemmelsen lyder:

”Dersom det er grunn til å frykte at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres, kan retten treffe avgjørelse om at bevissikring skal holdes før motparten varsles. Verken motparten eller allmennheten skal gjøres kjent med saken før bevissikringen er gjennomført, eller mer enn seks måneder er gått siden saken er avsluttet. Den som har framsatt begjæringen, bør ikke gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig, dersom det kan være viktig for motparten å hindre det. § 32-8 gjelder tilsvarende. Fristen for å begjære muntlig forhandling er to uker fra avholdelsen er meddelt.”

³⁴ NOU 2001:32 B s. 989

3.8.4.1 Grunn til å frykte at beviset ikke vil kunne sikres ved varsel

Vilkårene for å kunne bruke denne bestemmelsen er for det første at det må være ”grunn til å frykte” at beviset ikke vil kunne sikres dersom motparten varsles på forhånd. For eksempel kan det være snakk om slike bevis som kan være lett for motparten å fjerne dersom han vet at det er igangsatt bevissikring. Et typisk eksempel i dette tilfellet kan være spor på Internett eller en privat harddisk som for en som er litt datakyndig vil kunne være svært enkelt å slette eller kvitte seg med.

Formålet med bestemmelsen er å kunne sikre bevis uten å varsle den beviset gjelder der man er redd beviset vil gå tapt dersom man varsler på forhånd.

Forarbeidene³⁵ gir anvisning om at bestemmelsen bare skal brukes unntaksvis, fordi det skal legges vekt på at parten skal høres først. Bestemmelsen begrenses med dette til de tilfellene da varsel vil ødelegge bevissikringen. Det avgjørende her er at det må være en sammenheng mellom faren for bevisforspillelse og motpartens kunnskap om bevissikringen.

Av rettspraksis ble det i Max Manus-saken begjært bevissikring etter unntaksbestemmelsen i § 28-3 fjerde ledd som kan unnta varslingsplikt til motparten. Internettleverandøren, som begjæringen direkte rettet seg mot ble varslet om bevissikringen. Det ble ikke den som var nærliggende til å bli motpart i en eventuell senere sak fordi det var grunn til å frykte at bevisene om fildelingen som abonnenten hadde kunne gå tapt dersom det ble varslet om bevissikring.

3.8.4.2 Forholdet til EMK artikkel 6

Bestemmelsen fraviker prinsippet om kontradiksjon i EMK artikkel 6, men i forarbeidene³⁶ til tvistemålsloven der § 271a ble tatt inn kom Justisdepartementet frem til at bestemmelsen ikke er strid med EMK. De la her vekt på at i de tilfellene der det er tillatt å unnlate varslings

³⁵ NOU 2001:32 B s. 989

³⁶ Ot.prop 33 (2003-2004) s. 5

om bevissikring så er det fordi det er tilfeller ”der det er grunn til å frykte at kontradiksjon vil føre til en materielt sett mindre rettferdig rettergang.” Det ble også påpekt at motparten vil ha full mulighet til å uttale seg om bevisene i den eventuelt senere tvisten. Den norske oversettelsen av EMK artikkel 6 nr. 1 første punktum lyder:

”For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter...,har enhver rett til rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov.”

I saker der det er grunn til å frykte at kontradiksjon vil føre til en materielt sett mindre rettferdig rettergang, vil det etter ordlyden ”materielt sett” bety at bevis mangler for å få saken så opplyst som mulig. Formålet med tvisteloven gjengis i § 1-1 og er blant annet å sikre ”den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene.” Dette formålet kan gjenspeiles i hensynet bak unntaket i § 28-3 fjerde ledd som en sikkerhetsventil for å sikre den sivile rettspleie i spesielle tilfeller.

I Max Manus-saken ble § 28-3 fjerde ledd ansett oppfylt med begrensingene etter § 22-3. Retten la her vekt på at ”den påståtte krenkelsen var av en art som må anses som et betydelig problem, hvor sivilt søksmål er den eneste måten som rettighetshaverne kan ivareta sine rettigheter på. Kunnskap om abonnentens identitet er en forutsetning for slikt søksmål.” Internettleverandøren viste til³⁷ at anvendelse av § 22-3 annet og tredje ledd ved bevissikring etter § 28-3 fjerde ledd ville medføre at det ble gitt tilgang til taushetsbelagte opplysninger uten kontradiksjon. Høyesterett konkluderte med at:

”Hensynet til kontradiksjon er nettopp vurdert å måtte vike for hensynet til sakens opplysning i slike tilfeller.”

³⁷ Rt. 2010 s. 774 avsnitt 42

3.8.4.3 Verken motparten eller allmennheten skal gjøres kjent med saken før bevissikringen er gjennomført

Annet punktum unntar rettens avgjørelse om bevissikring fra allmennheten. I innstillingen til lovforslaget³⁸ ble det diskutert rundt allmennheten og motpartens innsyn i saken at det burde nektes innsyn til hele saken, ikke bare i hva selve beviset dreide seg om, inntil bevissikringen var holdt. Justisdepartementet uttalte i den sammenheng at:

”Når det gjelder offentligheten og motpartens adgang til innsyn i saken, mener departementet at både offentligheten og motparten bør nektes kjennskap til saken inntil bevisopptak er holdt. For de tilfellene der bevisopptak nektes, bør det settes en lengste frist for dette unntaket fra den alminnelige adgangen til å gjøre seg kjent med saksdokumenter og rettsavgjørelser. Seks måneder synes passe.”

Bestemmelsen er et unntak fra hovedregelen om at partene har innsynsrett i sakens dokumenter fra når avgjørelse er avsagt jf. § 14-1 (1) første punktum som lyder:

”Partene har rett til innsyn hos domstolen i prosesskriv, rettsbøker, rettsavgjørelser og andre dokumenter i saken og kan forlange kopi av dem eller få dem tilsendt elektronisk.”

Forarbeidene³⁹ angir at dersom det ”av legitime grunner” vil være viktig for motparten at saksøker ikke får tilgang til beviset før bevissikringen er gjennomført, bør retten vente med å utlevere beviset til avgjørelsen om bevissikringen er tatt. På bakgrunn av dette ble det lagt til i bestemmelsens tredje punktum at parten som har fremsatt begjæringen ikke bør få tilgang til beviset før en endelig avgjørelse er truffet i saken.

Da Max Manus-saken pågikk skapte den stort engasjement på Internett siden den ble bestemt hemmeligholdt etter § 28-3 fjerde ledd. Dersom man søker opp ”hashtaggen” eller

³⁸ Innst. O. nr. 66 (2003-2004) til Ot. prop. nr. 33

³⁹ Ot.prop 33 (2003-2004) s. 8

emneknaggen⁴⁰ ”#krevsvar” på Internett får man treff på over hundre artikler, blogginnlegg og Twittermeldinger som omhandler saken. Kampanjen ”krevsvar” gikk ut på at flere var misfornøyde med at en så prinsipiell sak, med spørsmål som omhandlet privatpersoners rett til å kunne få utlevert sensitive identitetsopplysninger fra en internettleverandør, skulle holdes skjult fra offentligheten til beviset var sikret.

3.8.4.4 Etterfølgende muntlig behandling

Bestemmelsen henviser videre til § 32-8 som inneholder en bestemmelse om etterfølgende muntlig behandling. Etterfølgende muntlig behandling kan kreves dersom beviset blir besluttet sikret fra retten uten at det har vært muntlig forhandling, for eksempel som ved tilfellene der § 28-3 fjerde ledd blir anvendt. Fristen for å begjære muntlig forhandling er to uker fra avholdelsen er meddelt jf. § 28-3 fjerde ledd siste punktum. § 32-8 første ledd første punktum lyder:

”Har retten besluttet midlertidig sikring uten muntlig forhandling, kan partene og enhver annen som rammes, kreve etterfølgende muntlig forhandling om sikringen.”

I Norsk Lovkommentar⁴¹ forklares forholdet mellom § 28-3 fjerde ledd og § 32-8 slik:

”Avgjørelsen om bevissikring er endelig når det etter muntlig forhandling er stadfestet at det var adgang til å holde bevissikringen uten varsel til motparten, eller fristen for å begjære muntlig forhandling er utløpt. Motparten må altså begjære etterfølgende muntlig forhandling for å kunne hindre at den som har framsatt begjæringen blir gitt tilgang til beviset.”

I følge forarbeidene til tvistemålsloven § 271a som ble til tvisteloven § 28-3 fjerde til sjette ledd, så ble det med § 271a innført unntak fra varslingsplikten. Bakgrunnen for vedtaket kom fra TRIPS-avtalen og gjaldt opprinnelig immaterielle rettigheter.

⁴⁰ I følge Språkrådet er dette den norske oversettelsen. Se <http://www.sprakradet.no/Sprakhjelp/Raad/Norsk-for-engelsk/Avloesyarord/>

⁴¹ Lødrup, Peter m.fl. - Norsk lovkommentar bind 3 1998-2008 (2008) s. 4111

3.8.5 TRIPS-avtalen

TRIPS er forkortelse for Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights og ble underskrevet av Norge 15.april 1994, og trådte i kraft 1. januar 1995. Avtalen er en del av WTO-avtalen og artikkel 50 om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter er her sentral.

TRIPS-avtalen stiller minimumskrav til statenes lovgivning om vern av immaterielle rettigheter. Minimumskravet tilsier at det må finnes regler som sikrer rask og effektiv beskyttelse av de immaterielle rettighetene i medlemslandet. I disse immaterielle rettighetene inngår rettighetene til blant annet patenter, industrielle mønstre, varemerker og kretsmønstre. En av grunnene til at avtalen ble opprettet var et økende problem med piratkopiering av alt fra vesker til joggesko. Avtalen hindrer import og eksport av forfalskede varer. I innstillingen til justiskomiteen⁴² angis formålet til TRIPS-avtalen som ”å oppstille minimumskrav til WTO-landenes beskyttelse av immaterielle rettigheter.” Artikkel 50 første ledd lyder:

”Rettsmyndighetene skal kunne pålegge raske og effektive midlertidige tiltak for å forhindre krenkelse av en immateriell rettighet, og særlig for å forhindre at varene bringes inn i handelskanaler under deres jurisdiksjon, herunder importerte varer umiddelbarhet etter tollklarering for å ivareta relevant bevismateriale i forbindelse med den angivelige krenkelsen.”

For å kunne oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen måtte tvistemålsloven endres⁴³ til også å gjelde bevissikring utenfor rettssak uten varsling til en eventuell motpart. Dette gjelder for tilfeller der det er fare for at beviset går tapt dersom det varsles på forhånd. Artikkel 50 andre ledd lyder:

⁴² Innst. O. nr. 66 (2003-2004) til Ot. prop. nr. 33

⁴³ Ot. prop. nr. 33 (2003-2004)

”Rettsmyndighetene skal når det er hensiktsmessig kunne treffe midlertidige tiltak uten at den annen part er hørt, særlig når det er sannsynlig at en forsinkelse kan påføre rettighetshaveren uopprettelig skade eller når det er en påviselig risiko for at bevismaterialet ødelegges.”

Bestemmelsen ble innført i tvistemålsloven § 271a og videreført tvisteloven § 28-3 fjerde til sjette ledd. I utgangspunktet tok endringen sikte på krenkelser av immaterielle rettigheter, men også andre tilfeller vil dekkes av loven. Formålet spesifiseres i forarbeidene⁴⁴ som : ”å sikre bevis for en fremtidig rettssak. Virkeområdet er ikke begrenset til spesielle sakstyper.”

Etter Max Manus-kjennelsen ble avsagt har det som tidligere nevnt kommet et lovendringsforslag som vil regulere rettsforholdet ved opphavsrettskrenkelser dersom det blir vedtatt.

⁴⁴ Ot. prop. nr. 33 (2003-2004)

3.9 Ukjent motpart

I tvisteloven er det lagt opp til at motparten eller den som er nærliggende til å bli det er kjent. Hva med de tilfellene der den som er nærliggende til å bli motpart ikke er kjent? Oppsummert så er dette vilkårene i tvisteloven kapittel 28.

For å kunne igangsette bevissikring etter § 28-1 er det ikke noe problem at man ikke vet hvem motparten er fordi kravene ligger i hva som er realbevis og hva som kan sikres, ikke fra hvem.

§ 28-2 retter seg mot den som vil kunne bli part eller partshjelper i en tvist. Vilåret om at beviset kan få betydning kan oppfylles selv om man ikke vet hvem beviset skal føres mot. Et av vilkårene om at det må være nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket, eller av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist må også være oppfylt. Heller ikke der settes det krav til hvem motparten er, bare bevisets karakter og vil derfor kunne brukes ved en ukjent motpart.

Etter 28-3 første ledd vil det som tidligere nevnt ikke være noe problem at den som er nærliggende at en eventuell sak vil reises mot er ukjent fordi domstolen skal henvisе saken videre dersom saken viser seg å være fremmet ved feil domstol.

§ 28-3 annet ledd angir hovedregelen om varsling. Bestemmelsen sier noe om hvem som skal angis som motpart i en eventuell sak. Her vil det ikke passe at motparten er ukjent fordi de vil ikke her ha mulighet til å utøve sine partsrettigheter, og blant annet derfor er unntakene opprettet i tredje og fjerde ledd.

I § 28-3 tredje ledd står det ikke eksplisitt i loven at man kan anvende bestemmelsen dersom man ikke vet hvem motparten er, men i forarbeidene til tvisteloven⁴⁵ er det tatt med at ukjent

⁴⁵ NOU 2001:32 B s. 989

motpart er grunn til ikke å varsle om bevissikring før rettssak. Hvor grensen går for å kunne si at en part er ukjent nevnes ikke.

Etter § 28-3 fjerde ledd kan man unnlate å varsle dersom man er redd for at beviset ikke kan sikres dersom man gir forhåndsvarsel. Loven sier ikke noe om hvordan man går frem dersom motparten er ukjent, og dette er heller ikke kommet til uttrykk i forarbeidene. Her er loven uklar. Rettspraksis i Max Manus-saken tilsier likevel at bestemmelsen kan benyttes på tilfeller det motparten er ukjent. Bevissikringen ble i saken gjennomført etter denne bestemmelsen, og i saken ble det lagt vekt på at det var viktigere å få saken ordentlig opplyst enn kontradiksjonsretten til den som var ukjent motpart, fordi han kunne få tilgang til å uttale seg senere.

Twisteloven problematiserer ikke en eneste gang, verken i loven eller i forarbeidene hvorvidt det er hensiktsmessig å gi vedkommende partsstatus i saker. Kontradiksjonsprinsippet blir nevnt som hensyn, men rettighetene til partene som ikke varsles blir likevel ivaretatt etter bevissikringen så det bør kanskje ikke være et problem at parten er ukjent eller ikke får varsel. Her er loven uklar på hvorfor det i noen tilfeller er viktig å være part, mens i andre tilfeller virker det nesten likegyldig. I noen tilfeller vanskeliggjør partskravet sikringen av beviser, og da setter Høyesterett hensynet til sakens opplysning høyere enn prinsippet til kontradiksjon.

4 Foreslåtte endringer i åndsverkloven

Kulturdepartementet la 8. februar 2013 frem Prop. 65 L (2012-2013) Endringer i åndsverkloven (tiltak mot krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett). Nå foreligger det også en foreløpig innstilling fra familie- og kulturkomiteen hvor flertallet støtter Regjeringens forslag.⁴⁶

Flere nye paragrafer til åndsverkloven er foreslått, og den mest aktuelle i dette tilfellet er ny § 56 b som omhandler behandling av personopplysninger som gjelder opphavsrettskrenkelser m.m. Formålet med lovendringen er å styrke rettighetshavernes muligheter for håndhevelse av sine rettigheter ved krenkelser på Internett. Som eksempler på krenkelser nevnes blant annet ulovlig fildeling og ulovlige strømmetjenester.

Bestemmelsen vil bli svært aktuell dersom den blir vedtatt, fordi behovet for å få en avklaring på rettsområdet er stor. Max Manus-saken kan brukes som presedens, men som konklusjonen ble over så er bestemmelsene i tvisteloven i dag ikke egnet til å gi en generell løsning på opphavsrettskrenkelser på Internett.

En grunntanke i opphavsretten er at den skal være regulert av bestemmelser som styrker rettighetshavernes enerett til verket, og dermed stimulere til kreativitet i samfunnet som igjen fører til at flere åndsverk kan skapes. Dersom disse rettighetene til stadighet brytes, vil det over tid kanskje ødelegge skapergleden fordi man ikke vil tjene noe på det. Det er per i dag et stort problem med at opphavsrettskrenkelser skjer på Internett daglig uten at noe særlig skjer for å stoppe det. Det kopieres og lastes ned musikk, filmer og tv-serier daglig over hele verden. Dersom det etter hvert blir vedtatt en E-boklov i Norge, vil det antakelig oppstå problemer med fildeling på det området også. Av erfaring er det hvert fall mange lydbøker

⁴⁶www.stortinget.no/no/Saker-ogpublikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2012-2013/Inns-201213-266/

tilgjengelig for nedlastning på Internett. Enkelte dataprogrammer er også utsatt for ulovlig kopiering og spredning. Dette gjelder gjerne programmer som er dyre å lage, og dermed dyre å kjøpe, og de blir nok ikke billigere av at utviklerne ikke får betalt. Eksempler her kan være kartapplikasjoner til GPS-er, tegneprogrammer og bilderedigeringsprogrammer. Dette er bare en brøkdel av problemene åndsverkindustrien sliter med i det nye teknologiske samfunnet, og behovet for en presisering av loven er stor slik at rettighetshaverne kan få utnyttet sine økonomiske rettigheter.

Dersom forslaget blir vedtatt, vil bestemmelsen gi rett til å identifisere innehaver av internettabonnet ved at rettighetshaverne, eller deres interesseorganisasjoner, kan registrere IP-adresser som benyttes til krenkelser av opphavsrettslig materiale for så å kunne gå til domstolene for å få utlevert informasjon om eier av IP-adressen fra internettleverandøren.

Den foreslåtte hovedregelen, som da blir et unntak fra tvisteloven som regulerer rettsforholdet i dag, er at det ikke skal varsles om bevissikringen. Kulturdepartementet vil frata den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot status som part i saken. Kulturdepartementet foreslår at saken om utlevering av identiteten skal stå mellom rettighetshaveren eller dens organisasjon og internettleverandøren. Det materielle vilkåret for terskelen for utlevering er satt fra første opphavsrettskrenkelse, uansett om det er snakk om en enkel lydfil, en film eller hele sesonger av tv-serier.

Vilkåret for å få opplysningene utlevert er at det må sannsynliggjøres at rettigheter etter åndsverkloven er krenket ved for eksempel bevisfremleggelse, og det må skje ved en domstolsavgjørelse. Det trengs altså en sannsynlighetsovervekt fra rettighetshavernes side for at krenkelsen har skjedd.

Forslaget til §56b lyder:

”Hvis det sannsynliggjøres at opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov er krenket, kan retten uten hinder av taushetsplikten etter ekomloven § 2-9, etter begjæring fra rettighetshaver, pålegge en tilbyder av elektroniske kommunikasjonstjenester å utlevere opplysninger som identifiserer innehaveren av abonnementet som er brukt ved krenkelsen.

Før retten treffer avgjørelse i saken, skal Post- og teletilsynet anmodes om å samtykke til at tilbyderen fritas fra taushetsplikten etter ekomloven § 2-9. Rettighetshaveren skal sende slik anmodning til tilsynet og legge tilsynets uttalelse frem for retten. Uttalelsen meddeles partene. Tilsynet kan bare nekte samtykke når det kan utsette staten eller allmenne interesser for skade eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold.

For at begjæringen skal tas til følge, må retten finne at hensynene som taler for utlevering veier tyngre enn hensynet til taushetsplikten. Ved vurderingen skal retten avveie hensynet til abonnenten mot rettighetshaverens interesse i å få tilgang til opplysningene, sett hen til krenkelsens grovhet, omfang og skadevirkninger. Etter en slik avveining kan retten ved kjennelse bestemme at opplysningene skal utleveres selv om samtykke er nektet, eller at opplysningene ikke skal utleveres selv om samtykke er gitt.

Begjæringen om pålegg om utlevering av opplysninger fremsettes i prosesskriv til Oslo tingrett. Bare tilbyderen av elektroniske kommunikasjonstjenester skal angis og behandles som motpart ved slike begjæringer. Tvisteloven § 28-5 første ledd gjelder tilsvarende i sak etter paragrafen her. De øvrige bestemmelsene i tvisteloven kapittel 28 gjelder ikke.

Opplysningene skal ikke utleveres før avgjørelsen er endelig. Ved utlevering av opplysningene skal tilbyderen samtidig gi melding om utleveringen til retten. Rettighetshaveren skal gi abonnenten melding om utleveringen når det har gått én måned siden opplysningene ble utlevert. Kopi av meldingen sendes samtidig til retten. Dersom særlige grunner tilsier det, kan retten i den enkelte sak fastsette en annen frist for når abonnenten skal gis melding om utleveringen. Allmennheten skal ikke gjøres kjent med saken før tidligst én måned etter at opplysningene er utlevert og abonnenten er underrettet om utleveringen, eller mer enn seks måneder er gått siden saken ble avsluttet.

For behandling av personopplysninger som mottas i medhold av denne bestemmelsen gjelder personopplysningsloven.”

5 Forslag til løsning

I det foregående har tvistelovens regler for bevissikring utenfor rettssak blitt gjennomgått, og det er tydelig at på enkelte områder bør kanskje loven endres for å tilfredsstille de behovene vi har fått for bevissikring utenfor rettssak i dagens samfunn. Som nevnt innledningsvis så har den teknologiske utviklingen de senere årene endret måten vi kommuniserer på, og vi etterlater oss dermed flere bevis for alt vi foretar oss elektronisk. Med Internett kom også nye, grensesprengende eksponeringsmåter. Fra å sitte på barnerommet og ta opp sanger fra radioen på kassetts til å laste ned hele tv-serier med et klikk på datamaskinen har det skjedd mye på den teknologiske fronten.

Lovendringsforslaget til åndsverkloven skal nå hjelpe med å ta nettpiratene. Men hvordan skal alle de andre sakene i samme kategori løses? Mobbing på Internett er for eksempel svært utbredt. Senest i februar i år tok en 13 år gammel jente i Sverige livet av seg etter å ha blitt grovt mobbet på nettet over lengre tid, og det er bare en av mange slike historier. Til og med enkelte artister har sett seg lei på negative og kjipte kommentarer om dem selv på Internett. For eksempel så har Maria Mena nettopp gitt ut en sang som kritiserer de skjulte mobberne på Internett.

I mange tilfeller vil kanskje privatpersoner vegre seg for å anmelde forhold til politiet fordi de vet for lite om saken og er redd for at den skal bli ”henlagt på grunn av bevisets stilling”. Derfor er det ønskelig for private å kunne sikre bevis så man kan gjøre sine sivile rettigheter gjeldende. Reglene i tvisteloven kapittel 28 er i dag uklare på enkelte punkter, og bør klargjøres med tanke på privates mulighet til å begjære bevissikring utenfor rettssak, særlig ved sikring av opplysninger om identitet når den er ukjent.

I Max Manus-saken ble tvistelovens regler i kapittel 28 anvendt. Det ble i saken anført at det hadde skjedd en grov krenkelse av åndsverkloven §§ 55 og 56 som etter bestemmelsen ville kunne medføre erstatningskrav og eventuelt straff jf. åndsverkloven § 54 jf. § 2 om opphavsmannens eneråderett over verket. Det ble også anført at politiet ikke prioriterte saker på immaterialrettens område, så dersom de ikke fikk identiteten fra leverandøren så ville de

ikke kunne rettsforfølge krenkelsen. I saken var det dissens i lagmannsretten, der mindretallet påpekte at privat etterforskning ikke var heldig fordi man lett kan miste oversikten og uttalte:

”Dersom domstolene åpner for, og ved dette utvider adgangen, til privat etterforskning som ledd i forfølgelse av sivile erstatningskrav, vil dette kunne åpne veien for en utvidelse som man umiddelbart ikke har oversikt over, ei heller fullt ut ser konsekvensene av. For å sette det på spissen ved et eksempel, vil gjennomslag for kravene i denne sak, også kunne åpne for at man i andre sivile tvister skulle gis adgang til personers mobilbruk herunder opplysninger om benyttede basestasjoner?”

Flertallet i lagmannsretten la vekt på at det her dreide seg om en handling som ble antatt var både straffbar og erstatningsbetingende. De ble også lagt vekt på politiets manglende prioritering av slike saker. Flertallet uttalte videre at:

”den omstendighet at abonnenten av den aktuelle IP-adressen ikke kan ha en berettiget forventning om rettsstridig bruk av denne og de motstridende hensyn som er nevnt over – kan ikke flertallet se at det er uforholdsmessig å gi Sandrew m.fl. tilgang til identiteten til abonnenten av den aktuelle IP-adressen.”

Høyesterett kom frem til samme resultat som flertallet i Lagmannsretten. De var enige at hensynet til taushetsplikten i § 22-3 var avveid mot hensynet til sakens opplysning.

Mange er av den oppfatning at det de gjør på Internett er privat og ikke vedkommer andre. Konklusjonen i Max Manus-saken er at man ikke kan ”gjemme seg bak” IP-adresser og holde på som man vil på Internett i den tro at man aldri kan bli tatt på grunn av taushetsplikten til internettleverandøren. Høyesteretts poeng i Max Manus-saken var at krenkede også har sivile rettigheter som ikke kan gjøres gjeldende med mindre krenkeren kan identifiseres. Flertallet lagmannsretten uttalte også at ”den omstendighet at Internett i dag på mange måter fungerer – og har en samfunnsmessig betydning – tilnærmet på linje med det ordinære telefonettet. Den betydelige utbredelsen av nettbruken må antas å ha sammenheng med at brukerne har stor tillit til at deres private bruk av nettet er skjermet fra offentlig innsyn.”

For å lettere kunne sikre sine sivile krav, vil et forslag til løsning kunne være å endre de generelle bestemmelsene i tvisteloven om varsel der identiteten til den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot er ukjent på samme måte som de allerede er foreslått endret for samme rettsstilfelle med hensyn til krenkelser av åndsverklovens regler? Et hovedpoeng fra endringsforslaget til åndsverkloven er at rettighetshaverne selv kan innhente opplysninger om IP-adresser de mener krenker deres rettigheter. Det mest praktiske eksempelet for tvisteloven er fortsatt elektroniske bevis. Her mener jeg at forslaget ikke er praktisk i det daglige livet, og vil føre til en privat overvåkning av nettet på generell basis. Det burde derimot være enklere for private å få tilgang til IP-adresser som de for eksempel mener krenker deres personlige integritet. For eksempel fra et register hos internettleverandøren basert på dato, tid og nettsted, uten at identiteten til abonnenten trenger å utgis til den krenkede personen selv, men kanskje heller til politiet. På den måten kan man unngå uheldige tilfeller hvor folk ønsker å ta tak i saken selv og oppsøker vedkommende. For å få utlevert IP-adressen må det stilles krav til beviset for krenkelsen. For eksempel en skjermdump fra datamaskinen eller en utskrift av en e-post. Her mener jeg det er tilstrekkelig at vedkommendes identitet er ukjent, slik at det ikke måtte dreie seg om en begjæring som gjelder sikring av vedkommendes identitet. Da vil muligens hensikten falle bort fordi da vil terskelen for å anmelde være høy siden det innebærer mye innsats.

Vil løsningen være å frata vedkommende status som part slik som Kulturdepartementet har foreslått, eller finnes det en annen bedre løsning? Ved å frata en part partsrettigheter vil det være et brudd på det kontradiktoriske prinsipp. Likevel er dette et midlertidig tilfelle i saker etter dagens regler i § 28-3 tredje og fjerde ledd der man kan sikre bevis raskt uten å gi varsel til motparten eller er nødt å unnta varsling for å være sikker på at beviset kan sikres. I de tilfellene vil personen ha mulighet til å uttale seg i etterkant, så kontradiksjonsprinsippet under selve bevissikringen er kanskje ikke så viktig likevel i saker der hensynet til å få saken riktig opplyst kommer først. Jeg mener at det å frata partsbegrepet ville kunne løst mye av problemene i loven, samtidig som at det da må være et sterkere krav til kontradiksjon i etterkant, og kanskje også god tid fra da krenkeren blir meddelt søksmålet slik at han da kan forberede seg på sitt forsvar.

Dersom partsbegrepet kan fratas vedkommende, hva skal i tilfelle være vilkåret for at denne unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse? I tvisteloven i dag er det hovedregel om at den som det er nærliggende at en eventuell sak vil reises mot vil bli part i saken, og personen har da som hovedregel krav på å bli varslet om bevissikring. Varslingskravet kan unntas bare ved spesielle tilfeller. I endringsloven til åndsverkloven er det foreslått at personen ikke skal anses som part i utgangspunktet når det gjelder sikring av identitetsopplysninger. Her mener jeg de eksisterende vilkårene for § 28-3 tredje og fjerde ledd burde videreføres, men at det må tas inn i loven eksplisitt at da gjelder ikke partsrettighetene før etter bevissikringen er gjennomført. Hvor lenge etterpå varslet skal gis, og om det skal gis varsel, mener jeg bør bero på hvilken type krenkelse det er snakk om, og om beviset er av en sånn karakter at det tar en stund å undersøke det. Dersom krenkelsen er grov bør det kanskje være en mulighet for å unnlate varsel, men det bør ikke være en generell regel som unntar varslingsplikt i alle tilfeller.

6 Konklusjon

Reglene om bevissikring der den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot ved bevissikring utenfor rettssak, er per i dag uklare når det kommer til problemstillinger der motparten er ukjent. Der motparten er kjent, er reglene derimot effektive og sikrer sakens opplysning.

Vilkårene for å kunne unnlate å varsle utenfor rettssak etter tvisteloven kapittel 28, er oppfylt når beviset trengs å sikres raskt etter § 28-3 tredje ledd, bestemmelsen gjelder også ukjent motpart, men gir ingen klar indikasjon på anvendelsen. Dersom det er behov for at bevises sikres uten varsel i tilfeller der det er fare for bevisforspillelse, kan § 28-3 fjerde ledd brukes, men der nevnes ikke tilfeller der motparten er ukjent. Det kan likevel utledes av hensynet bak § 28-3 fjerde ledd og rettspraksis i Max Manus-saken at bestemmelsen kan brukes også på tilfeller med ukjent motpart. En generell bestemmelse som unntar varslingsplikt fordi motparten er ukjent finnes ikke.

Formålet med tvisteloven er å få en effektiv og kvalitetssikret gjennomføring av tvister, men for å få dette til må loven endres for å møte de stadige utfordringene i vårt teknologiske samfunn.

7 Litteraturliste

7.1 Lover

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) (opphevet)

Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)

Lov 4. juli 2004 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

7.2 Dommer

7.2.1 Høyesterett

Rt. 2010 s. 774 (Max Manus)

7.2.2 Lagmannsrett

LG-2009-105319-1 (Max Manus)

7.2.3 Tingrett

TSTAV-2009-55827 (Max Manus)

7.3 Forarbeider og uttalelser

7.3.1 Utredninger:

NOU 2001: 32 ”Rett på sak”

7.3.2 Lovforslag

Ot. prp. nr. 1 (1910) Motiver til revideret utkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal

Ot. Prop. nr. 33 (2003-2004) Om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettsak)

Ot. Prop. nr. 51 (2004-2005)

Ot. Prop. nr. 74 (2005-2006)

Prop. nr. 65L (2012-2013) Endringer i åndsverkloven (tiltak mot krenkelser av opphavsrett på Internett)

7.3.3 Innstillinger til Odelstinget

Innst. O. nr. 66 (2003-2004): Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)

Innst. O. nr. 110 (2004-2005): Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

7.4 Bøker

Hov, Jo; Rettergang III Sivilprosess (2000)

Schei, Tore; Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch, Toril M. Øie; Kommentartutgave til tvisteloven, bind II (2007)

Lødrup, Peter, Knut Kaasen og Steiar Tjomsland: Norsk lovkommentar bind 3 1998-2008 (2008)

Skoghøy, Jens Edvin A.; Tvisteløsning - Domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis (2010)

7.5 Internett

Kommentarutgaver.no

Lovdata.no

Rettsdata.no

Regjeringen.no

Stortinget.no

Sprakradet.no

Blogg.no: faq.blogg.no/infosider/retningslinjer.html