

Behov for reformering av tvistelovens bevissikringsregler

Av Maria Astrup Hjort

Tvisteloven kapittel 28 om bevissikring utenfor rettssak er et kapittel som ikke har fått oppmerksomhet ved evalueringen av loven. I denne artikkelen belyses en rekke forhold som tilsier at kapittelet bør undergis en revisjon. Funnene er kommet frem gjennom forfatterens doktorgradsarbeid.

MARIA ASTRUP HJORT ble cand.jur. i 2006, ph.d. i rettsvitenskap i 2015 og arbeider som postdoktor ved Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet (UiO).

1 Innledning¹

Allerede før tvisteloven trådte i kraft i 2008, ble det lagt opp til at loven skulle evalueres,² og departementets evalueringsrapport fra 2013 slo fast at behandlingen av sivile saker samlet sett både har økt i kvalitet og har blitt mer effektiv med tvisteloven.³ Departementet har imidlertid uttalt at det ikke slår seg til ro med dette, og at løpende dialog med sentrale aktører har resultert i flere endringsforslag som skal sendes ut på bred høring.⁴

Tema for denne artikkelen er behovet for reformering av bevissikringsreglene i tvisteloven kapittel 28 – et område som ikke har blitt diskutert i evalueringsdebatten. De sivilprosessrettslige bevissikringsreglene kan lettest sammenlignes med straffeprosessens beslags- og ransakingsregler. Begge regelsett åpner for sikring av bevis uten varsel til den det skal sikres hos, hverken om at det skal foretas bevissikring eller beslag, eller om når sikringen eller beslaget skal skje. Reglene har også likhetstrekk med konkurranselovens bevissikringsregler, reglene om midlertidig sikring og reglene om informasjonspålegg ved inngrep i immaterialrettigheter etter tvistelovens kapittel 28 A. Tvistelovens bevissikringsregler særpreges av å ha et generelt anvendelsesområde. Reglene kan anvendes på alle sivile saker, uavhengig av hva slags type sak beviset er tenkt brukt i. I motsetning til midlertidig sikring er det ikke selve kravet som sikres, men materiale som kan brukes for å bevise kravet.

Det er særlig i to typetilfeller at det begjæres bevissikring. Det første typetilfellet er en konkurranserettslig situasjon der en ansatt i ett selskap slutter og tar med seg sensitiv informasjon til et konkurrerende selskap. Det andre gjelder mistanke om omsetning av piratprodukter, og dermed brudd på begjærende parts opphavsrettigheter, varemærkebeskyttelse eller eierrettigheter.⁵

På generell basis brukes reglene i praksis til sikring av digitalt lagret materiale. Dette er bevis som er svært lette å endre, både med og uten hensikt. Det vil derfor svært ofte være en nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket. Selv om det å foreta bevissikring uten varsel til motparten blir fremstilt som et unntak i loven, er dette i praksis hovedregelen. En av hensiktene med reglene er nettopp å kunne sikre bevis uten at motparten får anledning til å justere innholdet i materialet som skal sikres.

¹ Denne artikkelen tilegnes min far, Harald Hjort, som var opptatt av spørsmål knyttet til bevissikring, og som med sin praktiske erfaring var en berikende diskusjonspartner.

² Innst. O. nr. 110 (2004–2005) s. 8.

³ Evaluering av tvisteloven, publisert av Justis- og beredskapsdepartementet 4. juli 2013.

⁴ Se Fredrik Bøckman Finstad, «Tvisteloven – evaluering og endringsbehov», *Lov og Rett*, 2016 s. 224–229, på s. 226.

⁵ Med «begjærende part» menes den som begjærer bevissikring. Dette er helt uavhengig av om parten på et senere tidspunkt blir saksøker eller saksøkt.

Det ble åpnet for sikring av bevis i sivile saker uten varsel til motparten med tvistemålsloven § 271 a, en bestemmelse som trådte i kraft 1. juli 2004.⁶ Bestemmelsen kom som en direkte konsekvens av Høyesteretts kjæremålsutvalgs avgjørelse inntatt i Rt. 2000 s. 1261. I saken var det begjært bevisopptak uten varsel til motparten fordi parten fryktet at motparten ville ødelegge beviset. Retten fant imidlertid ingen hjemmel for å avstå fra varsling på et slikt grunnlag. Som følge av kjæremålsutvalgets tolkning måtte det legges til grunn at norsk rett på dette punktet ikke var i samsvar med kravene i artikkel 50 i den multilaterale avtalen om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter (TRIPS-avtalen), som Norge har ratifisert.⁷ Selv om kravene i TRIPS-avtalen kun gjaldt immaterielle rettigheter, valgte Norge å gjøre reglene om bevissikring generelle, slik at de kunne anvendes på alle typer sivile saker.⁸ Dette gjør at de har fått langt større gjennomslagskraft i Norge enn i våre naboland.⁹

Bevissikringsprosessen kan deles i fire faser: begjæringsfasen, sikringsfasen, sorteringsfasen og utleveringsfasen. Denne oppdelingen har ingen rettslige implikasjoner, men er en inndeling av et typisk handlingsforløp til hjelp for tanken. Det er ulike rettslige problemstillinger knyttet til de fire fasene, og derfor er det strukturelt sett også nyttig å skille klart mellom de forskjellige fasene.

Begjæringsfasen kan defineres som den fasen der begjæringen blir sendt inn til retten og retten foretar en avgjørelse om hvorvidt begjæring skal tas til følge eller ikke.

Begjæringsfasen omfatter med andre ord alle de vurderingene retten må foreta for å kunne ta stilling til begjæringen. Dersom begjæringen ikke tas til følge, stopper rettsbehandlingen her, med mindre den som begjærer bevissikring, anker kjennelsen. Blir derimot vilkårene for bevissikring ansett å være oppfylt og begjæringen tatt til følge, blir kjennelsen i de fleste tilfeller oversendt namsmannen for eksekvering.

Sikringsfasen gjelder selve sikringen, og den innebærer vanligvis at namsmannen og hans assistenter tar speilkopi av aktuelle datalagringsenheter, eventuelt kopi av papirdokumenter, og om nødvendig tar de også med seg fysiske gjenstander. Det sikrede materialet oppbevares hos namsmannen eller i noen tilfeller hos retten, uten at den begjærende part får tilgang til det.¹⁰ Etter at sikringsakten er gjennomført og motparten er varslet, settes det en frist på to uker til å begjære etterfølgende muntlig forhandling. Her behandles bevissikringsspørsmålet i sin fulle bredde, men med kunnskap om det faktum at bevissikringen allerede er gjennomført. Det finnes imidlertid eksempler på at retten endrer standpunkt når motparten får anledning til å presentere sin versjon av saken.¹¹ I så tilfelle blir det sikrede materialet levert tilbake når avgjørelsen er rettskraftig.¹²

⁶ Ot.prp. nr. 33 (2003–2004) s. 2. Det var Tvistemålsutvalget som utarbeidet tvistemålsloven § 271 a, slik at denne kunne virke i perioden frem til tvisteloven trådte i kraft. Tvml. § 271 a ble vedtatt ca. to og et halvt år etter at Tvistemålsutvalget hadde avgitt sin utredning med utkast til ny tvistelov, og bestemmelsen bærer preg av å være utarbeidet av utvalget og tilpasset den nye loven. Ordlyden i bestemmelsen forskutterer tvisteloven både i begrepsbruk og i innhold.

⁷ TRIPS-avtalen er for øvrig en del av WTO-avtalen av 15. april 1994. Ot.prp. nr. 33 (2003–2004) s. 1 og Innst. O. nr. 66 (2003–2004) s. 1.

⁸ Innst. O. nr. 66 (2003–2004) s. 1.

⁹ Se Maria Astrup Hjort, *Tilgang til bevis i sivile saker – særlig om digitale bevis*, Oslo 2016 s. 205 flg.

¹⁰ Samtale med Kristian Nordrehaug hos Namsfogden i Oslo 21. februar 2014. Om dette er både loven og forarbeidene tause, og det er bare få saker hvor retten uttaler klart hva som praktisk skal skje.

¹¹ Se eksempelvis 07-161239TVI-MOSS.

¹² For digitale bevis er det mest praktiske at speilkopien destrueres.

Etter at sikringen er gjennomført, og forutsatt at retten ikke endrer standpunkt i den etterfølgende muntlige forhandlingen, går saken over i sorteringsfasen. Vanligvis vil det være sikret mye mer enn de bevisene den begjærende part ønsker tilgang til. Det leder til en omfattende prosess for å finne frem til relevant materiale. Spørsmål som må avklares, er blant annet om det er områder eller bestemt informasjon som den begjærende part ikke skal gis tilgang til, om man kan enes om aktuelle søkeord for å finne frem til bevisene, og så videre.

Når de aktuelle bevisene er identifisert, går saken over i utleveringsfasen. Det er først i slutten av denne fasen at den begjærende part faktisk får tilgang til bevis. Det vanlige er at motparten får gå igjennom listen over bevis som er plukket ut av det sikrede materialet og vurdere om det er noe som skal unntas. Først når rettens kjennelse er rettskraftig, kan bevisene utleveres. Det er viktig å presisere at den som ønsker tilgang til bevis, ikke på noe tidspunkt får tilgang til det sikrede materialet i sin helhet, men bare en utvalgt del av det. Søk etter relevant materiale blir gjennomført av teknisk personale, og motparten får anledning til å se igjennom aktuelle treff før disse eventuelt utleveres. Sannsynligheten er med andre ord stor for at det finnes sikret relevant materiale som den begjærende part aldri får tilgang til.

I det følgende presenteres et utvalg av problemstillinger knyttet til bevissikring som samlet demonstrerer et behov for å reformere tvistelovens gjeldende regler på dette området.

2 Anvendelsesområdet gir uheldige utslag

Bevissikring skiller seg fra de to andre fremgangsmåtene for å få tilgang til bevis ved at den må benyttes før sak er reist.¹³ Anvendelsesområdet fremkommer klart av kapitteloverskriften til tvisteloven kapittel 28, «Bevissikring utenfor rettssak», samt av § 28-2 om tilgang til bevis «før sak er reist». Kapittelet står dermed som en motsats til tvisteloven kapittel 27 med regler om bevisopptak som gjelder *i* rettssak. Til tross for den klare strukturen i loven, etterlater forarbeidene noe tvil om avgrensningen utenfor og *i* rettssak er ment så kategorisk som loven legger opp til. Tvistemålsutvalget uttaler:

«Det er mulig *bevissikring før rettssak* vil fremstå som et (enda) mer ekstraordinært virkemiddel, og at terskelen i praksis kan bli noe høyere enn for å tillate *bevissikring under saksforberedelsen*. Faren for misbruk ved at bevissikring begjæres med vikarierende motiver – «for å kikke motparten i kortene» – er også *større på dette trinnet*» (min kursivering).¹⁴

Slik Tvistemålsutvalget ordlegger seg, virker det som om forskjellen mellom bevissikring *i* og utenfor rettssak bare er et spørsmål om forskjellig «terskel», men med samme materielle innhold. En slik beskrivelse stemmer imidlertid dårlig med lovens utforming. Bevisopptak er *i* praksis myntet på opptak av forklaringer, og vilkårene for bevisopptak er rettet inn mot bevisføring og ikke bevistilgang. Dette kan man blant annet se ved at det er et vilkår for bevisopptak at beviset det ønskes opptak av, skal «klarlegges» på samme måte som bevistilbudet i saken.¹⁵ Bestemmelsene i tvisteloven kapittel 27 og 28 kan vanskelig tolkes slik at bevissikringsreglene også skal kunne anvendes *i* rettssak.

En annen grunn til å stille spørsmål ved om bevissikring bare kan begjæres før sak er reist, er at bevisopptaksreglene som gjelder *i* rettssak, ikke har den samme muligheten til å sikre bevis uten varsel til motparten(e). Dersom den begjærende part frykter at motparten vil

¹³ De to andre fremgangsmåtene er å begjære beviset stilt til rådighet og å begjære bevisopptak, se Hjort 2016 s. 24 flg.

¹⁴ NOU 2001: 32 s. 988.

¹⁵ Tv1. § 27-2 (2), jf. § 21-6 (2). Om forskjellen mellom bevisføring og bevistilgang, se Hjort 2016 s. 20 flg.

manipulere eller slette digitalt lagrede bevis, finnes det ingen fremgangsmåter i tvisteloven for å forhindre dette i det øyeblikk stevning er sendt inn. Slik bevisreglene i tvisteloven fremstår i dag, er den begjærende part dermed bedre vernet utenfor rettssak enn i rettssak. Det er vanskelig å finne noen god begrunnelse for et svakere vern av partenes mulighet for bevis tilgang så fort stevning er sendt inn. Lovens ordlyd i § 28-1 om at bevissikring skjer «utenfor rettssak», er likevel så klar at det er vanskelig å tolke seg vekk fra den. En annen tolkning av bevissikringsreglenes anvendelsesområde krever lovendring.

3 Bestemmelsene er ikke tilpasset digitale bevis

Fredrik Bøckman Finstad fremhever i sin artikkel «Tvisteloven – evaluering og endringsbehov» særlig betydningen av å ta i bruk «tidsmessige audiovisuelle og IKT-messige løsninger» i domstolene.¹⁶ Det er vel og bra at man ønsker å legge til rette for at aktørene kan gjøre større bruk av digitale løsninger i rettspleien, men man synes å glemme at den digitale tidsalder gjør seg gjeldende ikke bare ved rettsbehandlingen av saken, men også i selve saken.¹⁷ Bevisene er i stadig større grad digitalt lagret, og det får konsekvenser både for tilgangen til bevisene og håndteringen av dem. Digitale bevis er underlagt bevisreglene i tvisteloven på samme måte som alle andre realbevis. Dette generelle regelsettet slår imidlertid ulikt ut for digitale bevis og for mer tradisjonelle bevis, og for bevissikringsreglene er dette spesielt synlig. De aller fleste bevissikringsbegjæringene gjelder digitalt lagrede bevis, og svakhetene i at regelverket ikke er tilpasset denne typen bevis, blir da merkbart i praktisk talt hver eneste sak.

Grunnen til at regelsettet slår annerledes ut for digitale bevis, er at disse bevisene har særlige egenskaper som har betydning for hvordan slike bevis kan håndteres og vurderes.¹⁸ For det første knyttes det metadata til digitalt lagret materiale. Metadata er data som blir generert automatisk ved behandling av data. De blir gjerne omtalt som data om data. Et praktisk eksempel er informasjon knyttet til et Word-dokument som kan fortelle når dokumentet ble opprettet, hvem som opprettet det, når det sist ble endret og hvor stor filen er. Det kan diskuteres om metadata er en del av den lagrede filen, og dermed gjenstand for bevis tilgangsplikt. For filer som inneholder tekst, vil konsekvensen være at det å få tilgang til en digital versjon av teksten gir mye mer informasjon enn å få en papirutskrift av teksten. Uansett må metadata kunne utgjøre et selvstendig bevis, og det finnes mange eksempler, særlig knyttet til bevissikring, på at dette har vært tilfellet.

For det andre er digitalt lagret materiale lett å kopiere, og kopien vil være like god som originalen. Det innebærer at begrepet «original» ikke er anvendelig på denne typen bevis, og også at det er lett å dele informasjon. Når digitalt lagret informasjon kommer på avveie, er det til gjengjeld umulig å sikre seg at alle kopier av informasjonen er levert tilbake.¹⁹ Prosessuelt sett innebærer muligheten for kopiering at store mengder data kan sikres på kort tid gjennom såkalt speilkopiering, og at den som i utgangspunktet har hånd om informasjonen, kan beholde den og bruke den etter at bevis er sikret. Bevissikring kan derfor ved første øyekast synes å være en fremgangsmåte som ivaretar den det sikres bevis hos. Speilkopiering innebærer imidlertid kopiering av alt som ligger lagret, herunder også privat og sensitiv

¹⁶ Finstad 2016 s. 228.

¹⁷ Denne tendensen kan spores også i NOU 2001: 32 Rett på sak s. 606 flg. og i NOU 2016: 24 s. 151 flg.

¹⁸ Betegnelsen «digitale bevis» benyttes ofte synonymt med «elektroniske bevis», men de to betegnelse har ikke samme rekkevidde. Se mer om dette i Hjort 2016 s. 28 flg.

¹⁹ Tilbakelevering av digitalt lagret informasjon var et tema i Normarc-saken, se TOSLO-2005-4190-1.

informasjon, bedriftshemmeligheter og slettet informasjon som ennå ikke er overskrevet.²⁰ Selv om hverken namsmannen eller teknisk personale som foretar søk har som intensjon å spre materialet, har den det er foretatt bevissikring hos, ingen kontroll over materialet lenger. Det vil heller ikke være noen realitet i det å levere tilbake materialet etter at man har funnet de aktuelle bevis, fordi det aldri vil kunne finnes noen garanti for at det ikke ligger lagret en kopi et sted som på et senere tidspunkt kan komme i gale hender.

For det tredje gir digitalt lagret informasjon mulighet for automatiserte søk. Det åpner muligheter for å foreta bevissikring av et enormt materiale og deretter gjøre maskinelle søk istedenfor å gjennomgå materialet manuelt.²¹ Selv om søkeordene til automatiske søk i digitalt lagret informasjon er rettet inn mot filer som er aktuelle for den bestemte saken, vil det praktisk talt alltid være noen irrelevante treff. Det innebærer at personlig, sensitiv og taushetsbelagt informasjon eksponeres for den som foretar søkene. I og med at speilkopiering ikke reflekteres i loven som en fremgangsmåte for å foreta bevissikring, inneholder loven heller ingen regulering av hvem som skal foreta søk i det digitalt lagrede materialet, eller hvordan sorteringsfasen skal gjennomføres.²² I siste artikkel i dette heftet vies disse spørsmålene særlig oppmerksomhet.

For det fjerde er digitalt lagret informasjon lett å endre, og sporene vil ikke være synlige, bortsett fra i metadata. Redigeringsmuligheten gjør slike bevis dynamiske, og endringene kan gjøres både med og uten hensikt. Ved bevissikring «fryses» det digitalt lagrede materialet og gir et bilde på hvordan informasjonen så ut på dette tidspunktet. Uten å ha muligheten til å sikre digitalt lagret informasjon på denne måten vil det i praksis alltid være en fare for at slike bevis går tapt. Samtidig innebærer denne egenskapen at det er vanskelig å verifisere innholdet, fordi det så enkelt kan endres. Å dokumentere at innholdet er korrekt er både teknisk og økonomisk krevende, og sjelden noe som prioriteres i norske rettssaker. Å sikre bevis uten varsel til motparten reduserer likevel faren for at det foretas endringer i den hensikt å komme i en bedre posisjon i en kommende rettssak.

For det femte er digitalt lagret informasjon i utgangspunktet lett å slette. Som beskrevet ovenfor er slike lagrede data dynamiske, og mulighetene for å endre innholdet innebærer også en mulighet for å slette det. Det å trykke på Delete-tasten betyr imidlertid ikke at informasjonen faktisk er slettet.²³ I første omgang fjernes bare filene fra «innholdsfortegnelsen» i datamaskinens oversikt over filer gjennom «avindeksering», og den overskrives ikke før datamaskinen trenger lagringskapasiteten.²⁴ Ved søk i sikret materiale etter en bevissikring vil det dermed kunne dukke opp treff på fragmenter av slettet informasjon.

²⁰ Hjort 2016 s. 35–37.

²¹ Til sammenligning har analogt lagret materiale ingen slik søkefunksjon, og med mindre kassetten eller båndet er merket med informasjon om innhold, er man nødt til å høre eller se på informasjonen, minutt for minutt. Når informasjonsmengden blir for stor, er imidlertid slike søk ikke praktisk gjennomførbare.

²² Mer om dette i Hjort 2016 s. 296 flg.

²³ Stephen Mason og Burkhard Schafer, «The Characteristics of Electronic Evidence in Digital Format», i Stephen Mason (ed.) with a team of contributors, *Electronic Evidence*, second edition, London 2010 s. 21–50, på s. 44.

²⁴ Det er riktignok mulig å raskt slette harddisker ved å benytte en sterk magnet, en såkalt degausser. Da blir imidlertid også lagringsenheten ødelagt, se <https://www.nsm.stat.no/om-nsm/tjenester/sikker-kommunikasjon/informasjonssystemssikkerhet/godkjente-ikt-produkter/godkjente-sletteverktøy/>, sist sjekket 6.1.2017.

Twistelovens bevissikringsregler dekker ikke det praktiske behovet for regulering, og når det i all hovedsak er digitale bevis som sikres, er det uheldig at reglene ikke er egnet for denne typen bevis. Ved reformering av tvisteloven bør en slik tilpassing prioriteres.

4 Uoversiktlige og uklare prosessuelle vilkår for bevissikring

En forutsetning for å begjære bevissikring er at beviset eller bevisene som ønskes sikret, er tenkt benyttet i en tvist 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», jf. tvl. § 28-2. Det må altså finnes en underliggende sak, der den begjærende part anfører å ha et hovedkrav, som kravet om bevissikring skal ses i lys av.²⁵ I begjæringer om tilgang til bevis i en sak som allerede er anlagt for domstolen, kan retten konsentrere seg om de materielle vilkårene for å få tilgang til beviset. Rammene for saken er etablert, prosessforutsetningene er vurdert og retten har et inntrykk av saken gjennom både stevning og tilsvar.

En bevissikringsbegjæring kommer på et stadium i prosessen der svært få spørsmål i saken er avklart, inkludert den underliggende sakens prosessforutsetninger. Retten må ta stilling til både prosessforutsetningene og de materielle vilkårene for bevissikring i en og samme avgjørelse.²⁶ Som ved behandling av en stevning bør retten også ved en begjæring om bevissikring først ta stilling til de prosessuelle vilkårene, og bare dersom disse er oppfylt, gå inn på de materielle.

I bevissikringskapittelet fremgår de materielle vilkårene i all hovedsak av § 28-2, mens de prosessuelle vilkårene fremkommer mer usystematisk i flere bestemmelser, blandet med vilkår av annen karakter. Noen prosessforutsetninger fremgår bare implisitt og må tolkes inn. Vurderingen av de prosessuelle vilkårene kompliseres ytterligere ved at det må stilles noen prosessuelle krav til selve begjæringssituasjonen i tillegg til en forhåndsvurdering av prosessforutsetningene i den underliggende saken. For flere av vilkårene vil disse vurderingene være sammenfallende, men det er ikke alltid tilfellet. Derfor er det nødvendig å være seg bevisst om vurderingen knytter seg til selve begjæringen eller til den underliggende saken.

På samme måte som ved behandling av en stevning må retten ta stilling til om det underliggende kravet er et «rettskrav», og om det foreligger et «reelt behov» for å få avgjort kravet, jf. tvl. § 1-3. I bestemmelsen som angir vilkårene for bevissikring, § 28-2, fremgår det ikke noe vilkår om et underliggende rettskrav. Et slikt vilkår kommer bare frem implisitt i § 28-3 (5), der det oppstilles en regel om erstatning som følge av urettmessig bevissikring. Dersom det viser seg at den begjærende part likevel ikke har «krav eller en rettighet som bevissikringen kunne tjene å sikre» (min kursivering), har den begjærende part plikt til å erstatte den skade som er lidt som følge av bevissikringen. Det bidrar til ytterligere forvirring at ordet «krav» figurerer i første ledd i samme bestemmelse, men da myntet på bevissikringskravet, ikke hovedkravet. Første ledd gjelder spørsmål om verneting, og dersom det er klart at bevissikringen bør skje ved en annen domstol, «kan *kravet* fremmes for denne» (min kursivering).

Selv om det ikke oppstilles et eksplisitt vilkår om et hovedkrav, må dette legges til grunn. Det er meningsløst å foreta bevissikring dersom bevisene ikke skal brukes til noe, ja, hvordan kan det man skal sikre overhodet være et «bevis» dersom gjenstanden ikke kan knyttes til et underliggende krav? For å rettferdiggjøre bestemmelsens eksistens må det være en uuttalt forventning om en etterfølgende bruk av bevisene. Selv om det ikke står eksplisitt i ordlyden, må man på bakgrunn av andre faktorer kunne legge til grunn som en forutsetning at

²⁵ Om termen «hovedkrav», se Hjort 2016 s. 233.

²⁶ Hjort 2016 s. 231 flg.

begjæringen om bevissikring må funderes i et hovedkrav. Når strukturen i vurderingen ikke lar seg lese ut av bestemmelsen, men tvert imot er tåkelagt ved at samme term benyttes med forskjellig betydning, er dette noe som bør rettes opp. Tvl. § 28-2 og § 28-3 bør revideres og utformes slik at vilkåret fremkommer klart i ordlyden.

I tillegg til en forventning om et underliggende rettskrav er det også en forutsetning at parten har et «reelt behov» for å få saken prøvd. I bevissikringssaker må det her foretas en dobbelt vurdering. Den begjærende part må ha et reelt behov både i bevissikringssaken og i den underliggende saken det sikrede beviset er tenkt benyttet i. I bevissikringskapittelet finnes det ingen formulering lik den i tvl. § 1-3, men når det gjelder den underliggende saken, uttales det klart i forarbeidene at kravet om at den begjærende part «vil kunne bli part eller partshjelper», er et uttrykk for «et alminnelig krav til rettslig interesse».²⁷ Det er altså et vilkår for bevissikring at parten har et reelt behov for å få prøvd den underliggende saken, selv om et slikt krav ikke fremgår direkte, men befinner seg skjult sammen med de materielle vilkårene. Forventningen om et reelt behov i bevissikringssaken fremkommer gjennom de materielle vilkårene for bevissikring.

Vilkåret i tvl. § 1-3 om et «reelt behov» for å få avgjort kravet avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det. Både i bevissikringssaken og for den underliggende saken skal det altså gjøres en vurdering av aktualitet og tilknytning.

Når det gjelder bevissikringskravets aktualitet, kan det argumenteres for at kravet til aktualitet også kan fremkomme av vilkåret om at «Bevissikring kan begjæres når beviset kan få *betydning* i en tvist [...]» (min kursivering). Kravet til aktualitet fremkommer dermed sammen med de materielle vilkårene. Det underliggende kravets aktualitet er her underforstått. Retten må anse den begjærende part for å ha et behov for å få avklart eller stadfestet sin rettslige posisjon i den underliggende saken, og vurdere det som atbevissikringen kan få betydning for denne avklaringen eller stadfestingen. Tidspunktet for aktualitetsvurderingen i den underliggende saken er ved innsendelse av stevning. En begjæring om bevissikring vil komme i forkant av dette tidspunktet, og det kan derfor ikke gjøres en realitetsvurdering av kravet til aktualitet. Retten må basere seg på partenes pretensjoner om hvorfor den underliggende saken vil ha aktualitet på søksmålstidspunktet, og i og med at dette blir en fremtidsrettet vurdering og ingen kan si noe sikkert om fremtiden, kan pretensjonen være forbeholden. Bevissikringsbegjæringen skaper dessuten ingen forpliktelse til å reise sak i etterkant. Beviskravet er lagt lavt, og dette vilkåret byr derfor sjelden på vanskeligheter. Poenget i denne sammenheng er imidlertid at vilkåret er der, men bare implisitt.

Vilkåret om tilknytning har med forbindelsen mellom partene og kravet å gjøre. Saken må som hovedregel anlegges av den som er materielt berettiget i et rettsforhold, og anlegges mot den som den begjærende part hever å ha en rett ovenfor.²⁸ I tvl. § 28-2 er tilknytningskravet utformet som at man «vil kunne bli part eller partshjelper» i den underliggende saken. Vilkåret fremgår altså noe klarere, men likevel sammenstilt med de materielle vilkårene. Rettsanvenderen må selv forstå at dette vilkåret er av en annen karakter enn de andre vilkårene i samme setning.

Ofte vil partene i tilknytningskravet være de samme partene som vil figurere i den underliggende saken, men for de tilfellene der den det sikres bevis hos *ikke* vil være part i den underliggende saken, må tilknytningskravet vurderes for begge situasjoner, både tilknytning til hovedkravet og tilknytning til sikringskravet. Alle som kan knyttes til kravet, enten som en det skal bevissikres hos eller som potensiell part i en etterfølgende rettsak, skal angis i begjæringen. I de tilfellene det skal foretas bevissikring hos en som ikke vil være part i den

²⁷ NOU 2001: 32 s. 988.

²⁸ Jo Hov, *Rettergang I-II*, Oslo 2010 s. 352.

underliggende saken, blir det fremhevet i § 28-3 (2) at man også skal angi den det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot, som motpart.

Om det skal foretas separate vurderinger av tilknytningskravet, eller om disse smelter sammen til en, har betydning også for om retten skal foreta en realitetsvurdering eller basere seg på partenes pretensjoner. Når det gjelder tilknytningskravet knyttet til den underliggende saken, må dette baseres på partenes pretensjoner. Dette skyldes at vurderingen av begjæringen ikke kan gå inn i den vurderingen som skal gjøres av stevningen. Realitetsvurderingen av tilknytningskravet skal først gjøres på søksmålstidspunktet, og i noen tilfeller kan det utstå helt til realitetsvurderingen av det materielle kravet.²⁹ Dessuten er særlig den passive sakstilknytningen, altså tilknytningen til den eller dem den begjærende part ser for seg å skulle saksøke, usikker på begjæringstidspunktet, og dette kan endre seg med utfyllende informasjon fra bevissikringen.

Vilkåret om tilknytning til bevissikringskravet må derimot realitetsvurderes. I de tilfellene de to tilknytningsspørsmålene overlapper fordi persongalleriet er sammenfallende, vil pretensjonen dekkes av realitetsvurderingen, det vil i praksis bare være én vurdering, nemlig en realitetsvurdering. I saker med mange parter vil det dermed kunne variere om partstilknytningen kan pretenderes eller skal realitetsvurderes.

I noen tilfeller vil tilknytningskravet være vanskelig å oppfylle fordi formålet med selve bevissikringsbegjæringen er å få informasjon om motpartens identitet. I den såkalte Max Manus-saken ble det fremsatt begjæring om bevissikring hos den ukjente abonnent samt hos abonnentens internettilbyder, Lyse Tele AS (senere Altibox).³⁰ Den ukjente abonnent ble i begjæringen angitt med IP-adresse for et bestemt tidspunkt. Retten problematiserte denne anonymiteten først og fremst i forhold til verneting.

De prosessuelle vilkårene for bevissikring bør restruktureres og klargjøres slik at det fremgår klart at rettsanvenderen må forholde seg til både bevissikringsaken og den underliggende saken. Det eneste prosessuelle vilkåret som fremgår eksplisitt slik bestemmelsene står i dag, er spørsmålet om verneting. De prosessuelle bestemmelsene burde samles i én bestemmelse, og det må også fremgå klart hvilke vurderinger som skal gjøres. At vilkår for bevissikring bare fremgår implisitt, er svært lite brukervennlig.

5 Manglende regulering av gjennomføringen av bevissikring

Å gjennomføre bevissikring av digitalt lagret informasjon drar med seg mange problemstillinger av både praktisk og rettslig art som ikke er beskrevet i forarbeidene, og som lovgiver ikke synes å ha tenkt på. Det uttales tvert imot at

«Det er ikke påkrevd å gi egne regler om hvordan bevissikring eller bevisatilgang skal gjennomføres. Her gir øvrige kapitler, spesielt kapitlene om bevisopptak og realbevis, de nødvendige regler ved at de gis tilsvarende anvendelse.»³¹

Henvisningsbestemmelsen i tvl. § 28-4 er utformet slik at gjennomføring av bevissikring skal gjøres etter reglene om rådighetsstillelse og bevisopptak «så langt de passer». Den eneste regelen som «passer», er § 26-7 (3), som slår fast at «[r]etten treffer i nødvendig utstrekning nærmere bestemmelser om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på, hvordan det skal oppbevares og andre forhold av betydning for føringen av beviset». I praksis er det dermed opp til retten i den enkelte bevissikringsak å finne en fornuftig fremgangsmåte, uten

²⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Twisteløsning*, 2. utgave, Oslo 2014 s. 424.

³⁰ TSTAV-2009-55827.

³¹ NOU 2001: 32 s. 990.

retningslinjer overhodet. Et eksempel har vi fra Asker og Bærum tingrett.³² Turner Entertainment Co hadde opphavsrettighetene til Tom & Jerry-filmene og begjærte bevissikring hos Funbox AS fordi de mistenkte at Funbox AS distribuerte uautoriserte kopier av disse filmene. Vedrørende gjennomføring av bevissikringen uttalte retten:

«Dessverre innebærer lovgivningsteknikken med å nøye seg med å henvise til de regler som gjelder bevisopptak i rettssak, at man unnlater å ta stilling til de særegne praktiske og prinsipielle problemer som oppstår når retten uten kontradiksjon og varsel til motparten, på basis av en privatpersons, organisasjons eller bedrifts begjæring, skal beslutte noe som ligger [sic.] svært nær det som kalles ransaking i straffeprosessen.»

Når ikke engang de store hovedlinjene i den praktiske gjennomføringen er lovfestet, åpnes muligheten for utvikling av ulik praksis. Bevissikringsbegjæringer blir etter alt å dømme bare i begrenset grad anket, og avgjørelser fra disse instansene blir sjelden tilgjengeliggjort på generelt grunnlag, hverken for allmenheten eller internt i domstolsapparatet. Dermed mister den enkelte tingrettsdommer muligheten til å se hen til og dra nytte av vurderinger som er gjort i tidligere saker, og dette er i seg selv et argument for en større grad av lovfesting av den praktiske gjennomføringen av bevissikring.

I mangel av særlige bestemmelser om gjennomføring av bevissikringsavgjørelser vil man falle tilbake på lovens generelle regler om fullbyrdelse av rettslige avgjørelser. Etter tvl. § 19-13 (1) kan rettslige avgjørelser fullbyrdes etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven. Tvangsl. § 4-13 oppstiller imidlertid som vilkår for gjennomføring av kjennelse at den er «forkynt og en eventuell oppfyllelsesfrist er oversittet». I juridisk teori blir vilkåret om oversittet oppfyllelsesfrist omtalt som «ufravikelig».³³ Ingen av disse vilkårene kan imidlertid oppfylles for bevissikring uten varsel til motparten. Dersom kjennelsen forkynnes for motparten, er det umulig å gjennomføre bevissikring før motparten varsles. I og med at motparten ikke skal varsles, sier det seg også selv at det ikke kan settes noen oppfyllelsesfrist.

Bevissikring gjennomføres oftest hos motparten, men det er ingenting i veien for å begjære bevissikring hos tredjepersoner. For fullbyrdelse av et slikt pålegg setter tvl. § 19-13 (2) som vilkår at kjennelsen er rettskraftig, dvs. at den ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler. Ved bevissikring uten varsel til motparten(e) er de ordinære rettsmidlene klart ikke bortfalt. Tvert imot – etter § 28-3 (4) er fristen for å begjære muntlig forhandling «to uker fra avholdelsen er meddelt», og her behandles bevissikringsaken i sin fulle bredde. Reglene om bevissikring uten varsel til motparten(e) er altså i konflikt også med den generelle bestemmelsen i § 19-13 (2).

Når lovgiver åpner for fremgangsmåter som kommer i konflikt med de generelle reglene om fullbyrdelse av avgjørelser, fordrer det særbestemmelser tilpasset fremgangsmåten. Reglene om bevissikring etter konkurranseloven gir klare rammer for gjennomføring av bevissikringen. Det henvises her eksplisitt til utvalgte bestemmelser i straffeprosessloven omhandlende ransaking og beslag, jf. krrl. § 25 (3). Ved midlertidig sikring er § 19-13 (1) og (2) eksplisitt unntatt, jf. tvl. § 32-2, og det er oppstilt særskilte regler om fullbyrdelsen. Bestemmelsene i kapittel 32–34 gir klare rettslige rammer for hvordan avgjørelser om arrest og midlertidig forføyning skal fullbyrdes. En enkel løsning for å gi regler om gjennomføring av bevissikring kunne vært å henvise til utvalgte bestemmelser i kapittel 32, 33 og 34 og si at disse bestemmelsene skulle gjelde tilsvarende. Noe slikt finnes ikke i bevissikringskapittelet. Uten noe annet enn en intetsigende henvisning til de andre bevissikringskapitlene er det uklart hvordan bevissikringsavgjørelsen kan fullbyrdes, og med hvilket

³² RG 2007 s. 736.

³³ Thor Falkanger, Hans Flock og Thorleif Waaler, *Tvangsfullbyrdelsesloven. Kommentartutgave*, 4. utgave, Oslo 2008 s. 225.

handlingsrom. De materielle vilkårene for bevissikring utløser muligheter som ikke er omfattet av hverken de generelle fullbyrdelsesreglene i tvisteloven eller tvangfullbyrdelsesloven. Manglende unntaksregler fra tvangfullbyrdelseslovens bestemmelser må anses som en glipp fra lovgivers side. Slik tvisteloven står nå, er det direkte motstrid mellom bevissikringskapittelet og de generelle reglene om fullbyrdelse.³⁴

Mangelen på regler om gjennomføring av bevissikring leder til spørsmålet om bevissikringsreglene i det hele tatt kan ses på som operative bestemmelser, og om det å gjennomføre en bevissikring dermed kan være i strid med legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 fordi handlingen ikke har tilstrekkelig klar hjemmel.³⁵ Tradisjonelt har legalitetsprinsippet hatt størst betydning i strafferetten og forvaltningsretten,³⁶ men uttalelser fra Høyesteretts ankeutvalg må kunne tolkes som at det også i sivile saker må kunne oppstilles «klar lovhjemmel» for å pålegge bevissikring.³⁷ Hvor klar lovhjemmelen må være, avhenger av hvor inngripende tiltaket er,³⁸ og bevissikring er etter sin art nær opp til de inngrep som er i kjernen av legalitetsprinsippet. Selv om bevissikring ikke begrunnes med mistanke om noe straffbart, må fremgangsmåten kunne sies å være inngripende i en privatpersons liv, spesielt når inngrepet skjer uten forvarsel. Gjennom rettspraksis er det etablert en ulovfestet fremgangsmåte, men tatt i betraktning inngrepets art og omfang burde gjennomføringsreglene vært lovfestet. Når det ikke finnes bestemmelser om hvordan bevissikringen skal foregå, er det vanskelig å se hvordan det kan være i tråd med legalitetsprinsippet.

Forventningen om en klar lovhjemmel fremkommer også i EMK art. 8 nr. 2, der det stilles krav om presisjon i det nasjonale hjemmelsgrunnlaget. Jeg kommer tilbake til dette i pkt. 8.3.

6 Manglende kompetanseregler for den som skal gjennomføre bevissikringen

Det har utviklet seg en praksis som er slik at namsmannen tar hånd om gjennomføringen av bevissikringen. En slik praksis baserer seg sannsynligvis på en blanding av tvl. § 26-7 (3), som hjemler at «retten treffer selv i nødvendig utstrekning nærmere bestemmelser om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på», en analogisk tolkning av tvl. § 27-2 (4) om at retten kan oppnevne sakkyndige i forbindelse med gjennomføring av bevisopptak og «overlate undersøkelsen til denne», og antagelig rettens vane med å henvise fullbyrdelse av kjennelser til namsmannen. Mangel på konkret hjemmel leder imidlertid til flere uavklarte problemstillinger som til sammen gjør det uklart hvordan namsmannens rolle er i bevissikringssaker.

En overordnet problemstilling knytter seg til namsmannen som eksekutivt organ generelt. Namsmannens arbeid er i utgangspunktet regulert av tvangfullbyrdelsesloven. Den

³⁴ En gjennomgang av tvangfullbyrdelseslovens regler viser at et pålegg om bevissikring heller ikke kunne vært gjennomført etter dette regelsettet, se Hjort 2016 s. 286 flg.

³⁵ En fyldigere fremstilling av dette spørsmålet finnes i Hjort 2016 s. 288 flg.

³⁶ Gunnar Aasland, «Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesterettspraksis», *Jussens Venner*, nr. 4/2000 s. 157–179, på s. 167. Se også Roald Hopsnes og Raymond Solberg, «Legalitetsprinsippet», *Jussens Venner*, nr. 2/2005 s. 78–155, på s. 80 flg., Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave, Oslo 2006 s. 226 flg. og Alf Petter Høgberg og Morten Kinander, «Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, nr. 01/2011 s. 15–55, på s. 18 flg.

³⁷ Rt. 2014 s. 1084 (13).

³⁸ Jan Fridthjof Bernt, «Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett – noen prinsipielle betraktninger», *Jussens Venner*, nr. 4–5/1983 s. 119–135, på s. 133.

inneholder blant annet bestemmelser om namsmannens kompetanse, habilitet og taushetsplikt og regler om bemyndigelse av funksjonærer og medhjelpere. Uten at det er eksplisitt uttalt i rettspraksis, er det naturlig å anta at retten gir namsmannen oppgaven med å få gjennomført bevissikringskjennelser, nettopp fordi namsmannen er underlagt et sett generelle prosessregler som sikrer en god gjennomføring. Spørsmålet er imidlertid om namsmannen kan sies å være underlagt disse reglene i forbindelse med bevissikring når tvangsfullbyrdelsesloven ikke kommer til anvendelse på noe annet punkt. Som beskrevet ovenfor står bevissikringsreglene i direkte motstrid til tvistelovens generelle regler for tvangsfullbyrdelse, der det henvises til tvangsfullbyrdelsesloven. I den grad namsmannen selv gjør bruk av tvangsfullbyrdelseslovens regler, må det være på bakgrunn av en analogi med tilfeller som faller inn under disse bestemmelsene.

Formelt sett kan imidlertid tvangsfullbyrdelsesloven vanskelig sies å komme til anvendelse. På den ene siden må det være klart at tingretten henvender seg til namsmannen som namsmann, og ikke bare som en passende funksjonær for gjennomføringen. Dersom tingretten for eksempel henvendte seg til en annen namsmann enn den som etter tvangsfullbyrdelsesloven var stedlig kompetent, ville namsmannen etter all sannsynlighet henvist saken til rett distrikt. På den annen side må det likevel være klart at de generelle prosessreglene i tvangsfullbyrdelsesloven er ment å skulle ramme de tilfeller som er regulert i loven, og ikke tilfeller som faller utenfor. At aktørene i prosessen forholder seg servilt til tvangsfullbyrdelseslovens regler, endrer ikke det faktum at namsmannen ikke har plikt til å gjennomføre denne typen forretninger, og at de generelle prosessuelle reglene ikke kommer til anvendelse. Tatt i betraktning det inngrep en bevissikring innebærer, burde kompetansen til å gjennomføre bevissikring være lovhjemlet og ikke bare basert på en eventuell analogi, jf. drøftelsen av legalitetsprinsippet ovenfor.

En annen sentral problemstilling knytter seg til tolking av tingrettens kjennelse. Tingretten vil i sin kjennelse oppstille en instruks til namsmannen inneholdende informasjon om hvem det skal sikres hos, hvor bevissikringen skal foregå og hva som skal sikres. I gjennomføringen vil namsmannen imidlertid stadig måtte ta stilling til spørsmål som dukker opp underveis. Namsmannens tolkning av kjennelsen får ofte direkte betydning for hva som sikres. I praksis vil namsmannen forsøke å avverge i alle fall de tekniske problemstillingene, ved at teknisk personale som utfører bevissikringen får gjøre seg kjent med kjennelsen i forkant og ta stilling til om instruksjonen teknisk sett er gjennomførbar. Dersom spesifikasjonen er vanskelig teknisk håndterbar, tar namsmannen gjerne kontakt med tingretten for å få samtykke til en teknisk gjennomførbar fremgangsmåte.³⁹ Kjennelsens ordlyd blir dermed stående, men namsmannen kan ta utgangspunkt i en utarbeidet presisering av instruksjonen i kjennelsen. Konsekvensen er at kjennelsen som blir presentert for den det skal sikres hos, ikke nødvendigvis samsvarer med det dokumentet namsmannen arbeider etter under sikringen. Selv om presiseringen er gjort i beste mening for å gjøre sikringen praktisk gjennomførbar, er en slik «dobbel bokføring» ikke heldig, for presiseringen kan også ha betydning for hva som faktisk blir sikret. Det bør etableres regler for hvordan en slik presisering kan gjøres uten at den reelle instruksjonen skjules for den det skal sikres hos.

Når namsmannen og teknisk personale kommer til stedet for bevissikring, vil namsmannen måtte ta stilling til hva som rent faktisk skal kopieres. Jo mer generell spesifikasjonen er, desto større fullmakter delegeres til namsmannen.⁴⁰ Tingrettens fullmakter til namsmannen gir grunnlag for å stille spørsmål om delegasjon av avgjørelsesmyndighet. Selv om det ikke er eksplisitt uttalt i tvisteloven, må det anses som et generelt utgangspunkt at

³⁹ Opplyst i samtale med Kristian Nordrehaug hos Namsfogden i Oslo 21. februar 2014.

⁴⁰ Dette finnes det flere eksempler på. Se blant annet TOSLO-2004-42431 og 07-161239TVI-MOSS.

retten ikke har anledning til å delegere sin avgjørelseskompetanse. Dette er presisert i tvangsl. § 2-9, ved at tingretten ikke kan «overlate til sine funksjonærer å avsi dommer eller kjennelser». Når retten bare angir omrisset av bevissikringen og overlater til namsmannen å ta stilling til detaljene, kan dette få betydning for hvilket materiale som blir sikret, og videre også hvilke bevis det gis tilgang til. Dermed gir tingretten slipp på kontrollen over bevissikringen som den selv har gitt adgang til og har ansvaret for.

En tredje problemstilling ved defineringen av namsmannens rolle er at namsmannen som regel ikke selv innehar den nødvendige IT-faglige kompetansen som kreves for å kunne foreta bevissikring av denne typen materiale, og det innebærer at han får følge av teknisk personell som foretar selve kopieringen. Av hensyn til habilitet og uavhengighet bør det tekniske personellet være noen namsmannen selv henter inn. Det finnes imidlertid eksempler på at personer med teknisk kompetanse som den begjærende part allerede har vært i kontakt med i forkant av bevissikringsbegjæringen, velges til å gjennomføre også selve bevissikringen. I den såkalte Normarc-saken hadde IBAS, et selskap som arbeider med datarekonstruksjon, datasletting og dataetterforskning, allerede gjort oppdrag for Normarc for å få underbygget behovet for bevissikring.⁴¹ Normarc foreslo at IBAS også kunne bistå med selve bevissikringen. Tingretten uttalte at «Retten forutsetter at det benyttes en eller flere vel egnede medhjelpere, men overlater personvalget til namsmannen å bestemme».⁴² Namsmannen valgte IBAS, noe motparten hadde innsigelser mot. Namsmannen opprettholdt likevel beslutningen om å bruke IBAS, men innhentet en erklæring fra IBAS om at alt kopiert materiell skulle leveres til namsmannen.⁴³

Et fjerde og siste forhold som vanskeliggjør namsmannens rolle som eksekutivt organ i sivile saker, er det organisatorisk nære forholdet til politiet. Namsmannen er samorganisert med politiet, og i mindre distrikter vil lensmannen eller politistasjonssjefen fungere som namsmann når det er aktuelt. Den nære forbindelsen til politiet kan gi et misvisende inntrykk av namsmannens funksjon. Kombinasjonen av sivile og strafferettslige eksekutive oppgaver har lang tradisjon, og lensmannen på mindre plasser har gjerne hatt oppgaver som sekretær for eller under tiden medlem av forliksrådet, ansvar for utøvelse av lensmannsskjønn, utøving av politigjøremaal og funksjonen som namsmann.⁴⁴ At dette har vært en vanlig kombinasjon, behøver imidlertid ikke å bety at den ikke kan skape problemer. Når namsmannen foretar bevissikring i en sivil sak, er det uheldig om dette fremstår som ransaking og beslag, og for en som ikke er bevandret i justisverdenen, er det ikke lett å skille namsmann fra politi når begge har politi-ID og e-postadresse hos politiet.no. Namsmannens fremtoning kan oppfattes som et maktmiddel som ikke ligger innenfor namsmannens myndighet å ta i bruk.

Konklusjonen er at bevissikringskapittelet i tvisteloven trenger kompetanseregler for gjennomføring av bevissikring. Her har lovgiver en oppgave.

7 Manglende hjemmel for bruk av tvang

I forlengelsen av drøftelsen om namsmannens rolle er det et sentralt spørsmål som også må belyses, nemlig om sikringsakten kan gjennomføres med tvang. Namsmannen er i utgangspunktet den eneste myndighet i Norge som kan benytte tvang og makt til å gjennomføre sivile krav. Etter tvangsl. § 5-10 kan namsmannen bruke makt i saker der tvangfullbyrdelse møter motstand, eller der en person som er varslet om en tvangsforretning,

⁴¹ TOSLO-2004-42431.

⁴² 04-042431TVI-OTIR/07.

⁴³ TOSLO-2004-42431.

⁴⁴ NOU 1999: 19 s. 492.

unnlater å være tilstede for å åpne døren eller på annen måte gi tilgang. Makt vil i denne sammenheng typisk innebære å forsere hindringer for å komme til aktuelle gjenstander.⁴⁵

I og med at tvangsfullbyrdelsesloven ikke kan anvendes på bevissikringsaker, kommer imidlertid ikke denne lovens regler om utøvelse av tvang til anvendelse. Det kan selvfølgelig diskuteres om tvangsfullbyrdelseslovens regler kan anvendes analogisk, men et slikt grunnlag vil, slik jeg ser det, ikke være tilstrekkelig. Som beskrevet i pkt. 4 forventes det «klar hjemmel» for å pålegge noen å stille bevis til rådighet, jf. Rt. 2014 s. 1084, og bevissikring med tvang vil innebære et langt mer alvorlig myndighetsinngrep. Uten hjemmel til bruk av makt stiller namsmannen med få sanksjoner i gjennomføringssituasjonen, og en bevissikring uten varsel til motparten som ikke gjennomføres som planlagt, kan aldri gjøres på nytt, fordi overraskelsesmomentet forsvinner. Spørsmålet er derfor om retten i kraft av bevissikringskjennelsen kan gi namsmannen tvangsmyndighet. Et slikt spørsmål finnes det få kilder til.

I tvl. § 26-7 (3) uttales det at «Retten treffer i nødvendig utstrekning nærmere bestemmelser om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på [...]». Det kan argumenteres for at denne bestemmelsen gir retten anledning til å gi namsmannen kompetanse til å gjennomføre bevissikringen med makt. Uten en eksplisitt lovhomeel er det imidlertid vanskelig å vite hvilke tvangsmidler som kan tas i bruk, og en «utdeling» av tvangsmyndighet til namsmannen i den enkelte sak vil gi en rettsikkerhetsmessig usikker situasjon. Tvangsmyndighet bør være klart lovfestet, og det bør være lovgivers oppgave å vurdere om bevissikring skal kunne gjennomføres med makt.

Dersom den det skal sikres bevis hos, nekter å gi tilgang, vil retten sannsynligvis ikke kunne gjøre annet enn å pålegge ham et fristforelegg, jf. tvl. § 16-7 (2), jf. § 26-8 (2), eller en rettergangsbot, jf. dstl. § 210, jf. tvl. § 26-8. Det understrekes i forarbeidene til tvl. § 26-8 at det kan være vanskelig å ha noen formening om hvor viktig et bevis er før man har sett det, og for å forhindre at man må falle tilbake på at man kan ta hensyn til partens nektelse gjennom den frie bevisvurdering, etableres § 16-7 (2) som en sanksjon for å få den det skal sikres hos, til å etterkomme plikten. Problemet med fristforelegg er at det først og fremst er beregnet på manglende bevis tilgang i saker som allerede er reist for domstolen. En trussel om fraværdom har lite for seg når den underliggende saken ennå ikke er anlagt, og hele utgangspunktet for bevissikringen er at den begjærende part har behov for bevisene før saksanlegg. Særlig der parten er avhengig av faktisk informasjon for å kunne anlegge sak, vil manglende samarbeid fra den det skal sikres bevis hos ha stor betydning for partens mulighet til å rettslig forfølge sine rettigheter og krav. Når det gjelder rettergangsbot, kunne dette tenkes å ha en effekt, men sanksjonen er i praksis ikke i bruk.⁴⁶

En måte for namsmannen å tvangsgjennomføre bevissikringen uten å ha hjemmel til bruk av tvangsmidler kunne være å søke bistand fra politiet. Både i konkurranselovgivningens regel om bevissikring, i tvangsfullbyrdelsesloven og i reglene om midlertidig sikring åpnes det for slik bistand for å gjennomføre forretningen.⁴⁷ Politiet vil i kraft av sin posisjon kunne

⁴⁵ Ot.prp. nr. 65 (1990–1991) s. 127–128.

⁴⁶ Søk i Lovdata 8.11.2016 i HRSIV, LASIV, LBSIV, LESIV, LXSIV, LFSIV, LGSIV, LHSIV og TRSIV, dvs. sivile saker i alle instanser, med søkeordet «lov-1915-08-13-5-§210», dvs. alle avgjørelser knyttet til dstl. § 210, ga 16 treff. Bare én avgjørelse gjaldt tilgang til realbevis, og det ble ikke utstedt rettergangsbot i dette tilfellet, se LB-2016-8194.

⁴⁷ Se krrl. § 25 (5) og tvangsl. § 5-10 (1). Tvl. § 33-5 (2) om gjennomføring av arrest og § 34-4 (3) om gjennomføring av midlertidig forføyning henviser begge til tvangsl. § 5-10.

utøve den nødvendige tvang.⁴⁸ Tvistelovens bestemmelser om bevissikring inneholder imidlertid ingen tilsvarende regel. Til tross for dette er det praksis hos namsmannen å søke bistand fra politiet i saker der dette anses nødvendig.⁴⁹ Hyppigheten av slik bistand er vanskelig å fastslå da slike tall er vanskelig tilgjengelig. Det interessante er imidlertid at namsmannen tar i bruk en bistand som er hjemlet i tvangsfullbyrdelsesloven, og som det ikke er anledning til å bruke i bevissikringssaker etter tvistelovens regler.

Til tross for at namsmannen hverken har hjemmel til å benytte tvang eller be om bistand fra politiet slik at disse kan utøve den nødvendige tvang, finnes det mange eksempler på avgjørelser der retten pålegger plikter til å bistå, for eksempel ved at IT-ansatte i selskapet stilles til disposisjon for å lokalisere det aktuelle materialet eller å opplyse om passord, slik at namsmannen kan kopiere datamaskinen.⁵⁰ Så vidt jeg vet, har sanksjonene for manglende bistand ikke blitt problematisert i praksis. Antagelig er overraskelsesmomentet såpass stort og namsmannen såpass bestemt at dette sjelden kommer på spissen. Pliktene retten legger på den det sikres hos kan imidlertid vanskelig ses på som noe annet enn tvang, om enn i en mild form. Tvl. kapittel 28 mangler bestemmelser som klarere regulerer plikten til å bistå og namsmannens rett til å få gjennomført bevissikringen med tvang. Her bør lovgiver komme på banen.

8 Bevissikringsreglene kan være i konflikt med Grunnloven § 102 og EMK art. 8

8.1 Forholdet mellom Grunnloven § 102 og EMK art. 8

Bevissikring, og spesielt bevissikring uten varsel til motparten, åpner opp for en type undersøkelse som raskt kan oppleves som inngripende, særlig i de tilfeller bevissikringen foretas i hjemmet til vedkommende. Etter grunnlovsreformen i 2014 lyder bokmålsversjonen av § 102 som følger:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.

Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet.»

Hovedregelen i Grl. § 102, om vern av ens privatliv, er utformet etter inspirasjon fra EMK art. 8. Norsk oversettelse av første ledd i EMK art. 8 er bortimot identisk med grunnlovsbestemmelsens første ledd første punktum, og det er understreket i Menneskerettighetsutvalgets utredning at uttrykket «korrespondanse» er byttet ut med «kommunikasjon» bare for «å modernisere formuleringen i EMK», slik at den skulle omfatte «nye digitale medier, telefon, e-post og sms».⁵¹ Det må kunne legges til grunn at utvalgets hensikt har vært å legge seg opp til ordlyden i EMK art. 8, for å dermed gi rettigheten samme

⁴⁸ Det skal presiseres at henholdsvis Konkurransetilsynet og namsmannen har hjemmel til å utøve tvang om nødvendig, uavhengig av muligheten for å søke bistand fra politiet. Tvistelovens bevissikringskapittel åpner ikke for noen av delene.

⁴⁹ Samtale med Kristian Nordrehaug hos Namsfogden i Oslo 21. februar 2014.

⁵⁰ Se eksempelvis RG 2012 s. 158, 04-042431TVI-OTIR/07.

⁵¹ Dokument 16 (2011–2012) s. 178. Termen «kommunikasjon» er for øvrig hentet fra EUs Charter of fundamental rights art. 7, se Dokument 16 (2011–2012) s. 171.

vern etter Grunnloven som etter konvensjonen. Med et slikt utgangspunkt må det kunne legges til grunn at EMK art. 8 er en sentral faktor ved tolkningen av Grl. § 102.⁵²

EMK art. 8 inneholder et annet ledd som begrenser rettigheten dersom det er i samsvar med loven og nødvendig i et demokratisk samfunn, gitt nærmere angitte hensyn. En slik begrensning ble ikke inntatt i Grl. § 102 fordi det var tenkt innført en generell begrensningshjemmel i Grl. § 115.⁵³ Bestemmelsen ble imidlertid ikke bifalt,⁵⁴ og konsekvensen er at EMK art. 8 inneholder begrensninger i retten til respekt for privatlivet, mens Grl. § 102 ikke gjør det. Høyesterett har imidlertid lagt til grunn at det likevel vil være «tillatt å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig».⁵⁵

8.2 Retten til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon

En vurdering av om tilfeller av bevissikring er i strid med Grl. § 102 må dermed gjøres i to trinn. For det første må det vurderes om tilfellet er i strid med vernet av privatliv, og dersom det er tilfellet, må det vurderes om de hensyn som er oppstilt i EMK art. 8 nr. 2, begrenser vernet. For bevissikring vil en konflikt med denne retten i første rekke knytte seg til personens privatliv, hjem eller kommunikasjon.⁵⁶ I mange tilfeller vil bevissikring innebære et inngrep i flere av de vernede områdene. Bevissikringen kan typisk foregå hjemme hos en privatperson, og når namsmannens assistenter foretar speilkopiering av vedkommendes datamaskin, vil dette ofte innebære kopiering både av privat informasjon og privat kommunikasjon. De tre områdene er imidlertid avgrenset på forskjellig måte. Mens vernet av «privatliv» verner et sett av interesser, verner «hjem» bestemte steder og «kommunikasjon» bestemte gjenstander.⁵⁷ Av hensyn til omfanget på denne artikkelen begrenser jeg meg bare til å komme med noen korte kommentarer hva gjelder retten til respekt for sin korrespondanse og sitt privatliv.⁵⁸

Retten til respekt for sin korrespondanse omfatter i utgangspunktet en rett til meddelelshemmelighet av alle former for kommunikasjon.⁵⁹ Med inngrep i denne retten forstås enhver form for forstyrrelse eller overvåkning, i form av for eksempel brevåpning,

⁵² For å kunne utlede en regel fra konvensjonen er man dermed avhengig av kunnskap om praksis, og praksis fra EMD vil dermed også være en tolkningsfaktor ved tolkningen av grunnlovsbestemmelsene. Dette betyr imidlertid ikke at grunnlovsbestemmelsene til enhver tid vil forandres i takt med praksis fra EMD, og at Norge mister kontrollen over sine egne grunnlovsbestemmelser. Grunnlovsbestemmelsene er fundert på selvstendig grunnlag, og Høyesterett må ha mulighet til å tolke Grunnloven annerledes enn EMD tolker EMK, se Rt. 2015 s. 93 (57).

⁵³ Dokument 12:31 (2011–2012) romertall IX.

⁵⁴ Innst. 165 S (2015–2016), S.tid. (2015–2016) s. 2407–2419 og s. 2440–2441.

⁵⁵ Rt. 2014 s. 1105 (28), Rt. 2015 s. 93 (60) og Rt. 2015 s. 155 (52).

⁵⁶ Det har imidlertid ingen avgjørende betydning hvilken av de fire termene tilfellet plasseres innenfor, «da det væsentlige i praksis vil være, om art 8 som helhet er anvendelig eller ej». Peer Lorenzen, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Müller, Jens Vedsted-Hansen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art. 1-9)*, 3. udgave, København 2011 s. 649.

⁵⁷ Marius Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet. Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*, Oslo 2011 s. 111. Denne tolkningen må være sammenfallende for Grl. § 102 første ledd første punktum og EMK art. 8 nr. 1.

⁵⁸ En fyldigere drøftelse finnes i Hjort 2016 s. 219 flg.

⁵⁹ Lorenzen m.fl. 2011 s. 755.

brevstansing, avlytting og registrering av personers kommunikasjon, uten forutgående tillatelse.⁶⁰ Selv om privat kommunikasjon står sentralt, slås det fast i flere avgjørelser at også arbeidsrelatert kommunikasjon er vernet.⁶¹ Som et utgangspunkt er det derfor vanskelig å komme til noen annen konklusjon enn at bevissikring utgjør et inngrep i kommunikasjonen til den det skal sikres bevis hos. Speilkopier av harddisker eller servere, som en bevissikring ofte innebærer, åpner for tilgang til mange typer informasjon, og den som blir utsatt for bevissikring, har liten mulighet til å skåne informasjon fra å bli omfattet av speilkopien.

I tillegg til retten til respekt for sitt familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon verner GrL § 102, i likhet med EMK art. 8, personers privatliv. Privatliv benyttes gjerne som en fellesbetegnelse for alle de vernede områdene etter EMK art. 8, men det er likevel mange særlige spørsmål som bare tilknyttes dette området.⁶² EMD har avstått fra å definere begrepet «private life», men understreker at

«it would be too restrictive to limit the notion to an "inner circle" in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings».⁶³

Vurderingen av om det foreligger et inngrep i privatlivet, må baseres på om tiltaket berører de hensyn som begrunner vernet.⁶⁴ Relevante hensyn vil være fysiske, moralske og psykologiske aspekter av den personlige integritet, den personlige identitet og den personlige autonomi.⁶⁵ Bevissikring vil i de fleste tilfeller innebære et inngrep i privatlivet. Det å foreta bevissikring i en privat bolig vil som regel innebære et inngrep i privatlivet, og i vår teknologiske tidsalder vil også det å foreta en speilkopiering av en datamaskin innebære et inngrep i privatlivet til den som benytter maskinen. I tillegg til at en datamaskin gjerne inneholder filer av både privat og jobbmessig karakter, vil en speilkopi også kunne gi informasjon om tidspunkter for når maskinen ble brukt, og man kan i noen tilfeller rekonstruere daglige rutiner og vaner. Slik informasjon griper langt inn i en persons privatliv.

Om en bevissikringssak blir behandlet for EMD, vil domstolen kanskje også stille spørsmål om et så inngripende tiltak kan forsvares med utgangspunkt i en sivil sak initiert av en privat part. Retten må foreta en vurdering av behovet for tilgang til bevis veid opp mot statens positive forpliktelse til å ivareta retten til respekt for sitt privatliv. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor.

8.3 Begrensninger i rettigheten

Som et utgangspunkt er konklusjonen at bevissikring innebærer et inngrep i retten til respekt for sitt privatliv. Spørsmålet er så om vernet skal begrenses av hensyn til andre rettigheter.

⁶⁰ Lorenzen m.fl. 2011 s. 755–756.

⁶¹ Se for eksempel Petri Sallinen v. Finland, 50882/99, 27. september 2005 (71) og Niemietz v. Germany, no. 13710/88, 16. desember 1992 (32).

⁶² Eksempler kan være spørsmål knyttet til den personlige integritet, overvåkning og registrering av personopplysninger, personlig identitet og avstamning, intimsfære og seksualitet og spørsmål knyttet til livets begynnelse og avslutning, se Lorenzen m.fl. 2011 s. 649–705.

⁶³ Niemietz v. Germany, no. 13710/88, 16. desember 1992 (29). Se tilsvarende i Peck v. The United Kingdom, no. 44647/98, 28. april 2003 (57).

⁶⁴ Stub 2011 s. 119.

⁶⁵ Lorenzen m.fl. 2011 s. 650.

Vilkåret i EMK art. 8 nr. 2 om at begrensningen må være i samsvar med loven, inneholder to krav. Dels må inngrepet ha *hjemmel i nasjonal lovgivning*, og dels innebærer vilkåret et krav til *lovkvalitet*.⁶⁶ Når det gjelder det første, henviser *ikke* «law» til et krav om at inngrepshjemmelen er nedfelt i lovs form.⁶⁷ Det er snakk om et innholdsmessig krav, og ikke et formelt, og bestemmelser på alle nivåer samt regler utviklet gjennom rettspraksis og ulovfestet rett, er alle tilstrekkelige hjemler.⁶⁸ For bevissikringsreglens del er dette klart oppfylt gjennom tvl. kapittel 28.

Kravet til lovkvalitet kan igjen deles i to aspekter: et krav om hjemmelens tilgjengelighet («accessibility») og et krav om presisjon i hjemmelsgrunnlaget («foreseeability»)⁶⁹ Kravet om tilgjengelighet innebærer en plikt for statene til å offentliggjøre regler som hjemler inngrep i konvensjonsbeskyttede rettigheter,⁷⁰ og også dette kravet er klart oppfylt når det gjelder reglene om bevissikring. Det andre aspektet, kravet om presisjon i hjemmelsgrunnlaget, uttrykkes gjerne som et krav om forutberegnelighet.⁷¹ Reglene skal utformes så klart og presist at de berørte har mulighet til å innrette seg etter gjeldende regler.⁷² Dette innebærer imidlertid ikke at reglene skal være så klart formulert at følgen med sikkerhet kan utledes. Det er ikke i strid med kravet til forutberegnelighet at bestemmelsen er vagt utformet og at det er overlatt til praksis å tolke bestemmelsen og anvendelsen.⁷³ Det er uttalt i rettspraksis at vurderingen av kravet til tilgjengelighet og forutberegnelighet «to a considerable degree» er avhengig av innholdet i reguleringen, området den er ment å gjelde for, og antallet og karakteren av dem som blir berørt av reguleringen.⁷⁴

Om reglene om bevissikring oppfyller kravet til forutberegnelighet, er mer tvilsomt. Som jeg var inne på i pkt. 5, inneholder ikke tvisteloven noen regler for gjennomføringen av bevissikringen. Grensene for namsmannens myndighet i bevissikringsaker er ikke rettslig avklart, og et krav om forutberegnelighet er derfor vanskelig å tilfredsstille. Det finnes heller ingen retningslinjer for hvem som skal sortere og hvordan det skal sorteres etter at bevissikringen er gjennomført, og det impliserer at det heller ikke er utarbeidet effektive og adekvate sikringstiltak mot misbruk av informasjon. Disse forholdene vil kunne få betydning ved vurderingen av om kravet til forutberegnelighet er oppfylt.

Andre saker som har likhetstrekk med bevissikring, gjelder straffeprosessuelle tvangsinngrep, herunder ransaking og beslag. For denne type inngrep er det gjennom praksis i EMD oppstilt særlige kriterier som nasjonale rettsregler minimum må inneholde for at kravet om forutberegnelighet er oppfylt: 1) en angivelse av hvilke personer som kan risikere å bli utsatt for et tvangsinngrep, 2) en beskrivelse av de straffbare forhold som kan lede til et slikt

⁶⁶ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonventionen – for praktikere*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2010 s. 589–598.

⁶⁷ Petri Sallinen v. Finland, 50882/99, 27. september 2005 (77). Se også Lorenzen m.fl. 2011 s. 28.

⁶⁸ Kjølbro 2010 s. 590.

⁶⁹ Lorenzen m.fl. 2011 s. 764. Kravet om lovqualität kan også ses som et utslag av statens positive plikter, da reglene skal inneholde tilstrekkelige og effektive rettsikkerhetsgarantier mot misbruk. Kjølbro 2010 s. 675–676 med videre henvisning til Funke v. France, no. 10828/84, 25. februar 1993, se særlig (57).

⁷⁰ Dette er ikke et formelt krav, og det byr sjelden på problemer i praksis, Kjølbro 2010 s. 591.

⁷¹ Lorenzen m.fl. 2011 s. 30.

⁷² Kjølbro 2010 s. 592.

⁷³ Michaud v. France, no. 12323/11, 6. desember 2012 (96).

⁷⁴ Groppera Radio AG and others v. Switzerland, no. 10890/84, 28. mars 1990 (68).

inngrep, 3) en tidsmessig begrensning av inngrepet, 4) en prosedyre der det utarbeides en rapport om inngrepet, der innholdet i inngrepet beskrives fullstendig, slik at rapporten kan tilgjengeliggjøres for retten og forsvarer og 5) det må foreligge regler om hvordan materialet skal destrueres, spesielt for tilfeller der den mistenkte frifinnes.⁷⁵

I og med at bevissikring ikke er et straffeprosessuelt inngrep, kan det ikke kreves at reglene oppfyller disse kriteriene. På den annen side er det påfallende at norsk rett åpner for en fremgangsmåte som kan oppfattes som like inngripende i retten til respekt for sitt privatliv som ransaking og beslag, samtidig som ingen av de ovenfor stående kriteriene er oppfylt. Det finnes ingen angivelse av hvilke personer som kan bli utsatt for bevissikring. Inngrepet kan i teorien begjæres hos enhver som påstås å ha hånd om aktuelle bevis, og det vide anvendelsesområdet gjør det vanskelig å oppstille mer konkrete vilkår. Det finnes ingen tidsmessig begrensning av inngrepet, og heller ingen prosedyre for utarbeiding av en rapport om bevissikringen. Dersom bevissikringen gjelder speilkopiering, vil teknisk personale som gjennomfører søk i kopien som regel utarbeide en rapport om hvilke treff søkene har medført, men det finnes ingen bestemmelser eller retningslinjer hverken for søkearbeidet eller for utformingen av rapporten. I Petri Sallinen m.fl. mot Finland fra 2005 var det foretatt en ransaking på Sallinens advokatkontor fordi klager ble mistenkt for å ha hjulpet to av sine klienter til å begå et grovt bedrageri. Politiet speilkopierte to harddisker på stedet og tok med seg to datamaskiner for å kopiere disse senere i politiets lokaler. Harddiskene omfattet blant annet klientmapper og i saken for EMD var 17 av Sallinens klienter medklagere i saken. I vurderingen av om handlingen var «in accordance with the law», uttalte EMD:

«The Court would emphasise that search and seizure represent a serious interference with private life, home and correspondence and must accordingly be based on a “law” that is particularly precise. It is essential to have clear, detailed rules on the subject.»⁷⁶

Slik jeg ser det, er det ingen grunn til at et skjerpet krav til klare og detaljerte regler knyttet til denne typen inngrep bare skal gjelde for saker med et strafferettslig tilsnitt. Den det foretas bevissikring hos, vil føle det like inngripende uavhengig av om det er politiet eller namsmannen som kopierer harddisken.

Innholdet i kravet om at inngrepet må være «in accordance with the law» avhenger av karakteren og intensiteten av inngrepet.⁷⁷ Bevissikringstilfellene vil – som andre typer inngrep – variere, og spørsmålet om hvorvidt inngrepet kan sies å tilfredsstillende kravet til forutberegnelighet som et element i vurderingen av lov kvalitet, vil ikke kunne besvares på generell basis. Uten en eneste konkret regel om hvordan bevissikring skal gjennomføres i praksis, har jeg imidlertid vanskelig for å se at tvisteloven oppstiller tilstrekkelig klare og detaljerte regler for bevissikring av digitalt materiale uten varsel i forkant.

I tillegg til at en begrensning av retten til respekt for sitt privatliv som drøftet ovenfor må være «in accordance with the law», må begrensningen for det andre være «necessary in a democratic society». Kravet henspiller på en forholdsmessighetsvurdering. De to elementene som skal vektas mot hverandre, er retten til respekt for ens privatliv på den ene siden, og andre konkurrerende rettigheter og hensyn på den andre siden. I forhold til bevissikring vil det sentrale konkurrerende hensynet være ønsket om å få tilgang til bevis, for å dermed få et best mulig grunnlag for en materielt riktig avgjørelse.

⁷⁵ Valenzuela Contreras v. Spain, 58/1997/842/1048, 30. juli 1998 (46) (iv). Se også Kjølbros 2010 s. 595.

⁷⁶ Petri Sallinen and others v. Finland, no. 50882/99, 27. september 2005 (90).

⁷⁷ Kjølbros 2010 s. 596.

I vurderingen av om kravet til proporsjonalitet er oppfylt, tar EMD som regel utgangspunkt i en pragmatisk vurdering der de motstående interesser vektet mot hverandre.⁷⁸ I utgangspunktet er vurderingen overlatt til nasjonale domstoler. Staten gis en skjønnsmargin («margin of appreciation»), og det er ikke EMDs oppgave å sette seg i den nasjonale domstols sted.⁷⁹ EMD kan imidlertid prøve om nasjonale domstolars vurdering er i samsvar med prinsippene i konvensjonens bestemmelser, og om deres begrunnelser for å foreta inngrep i en rettighet er «relevant» og «sufficient».⁸⁰ Dersom den finner at begrunnelsen er relevant og tilstrekkelig, går de vanligvis ikke inn i noen vurdering av om inngrepet er proporsjonalt.⁸¹

Det tredje vilkåret for å kunne begrense retten til respekt for sitt privatliv, er de hensyn denne retten kan vektet mot. EMK art. 8 nr. 2 angir bestemte hensyn som kan innebære en begrensning i vernet av privatliv, og i den konkrete saken må et av disse hensynene angis eksplisitt for at en begrensning i vernet skal tillates. Inngrepet må kunne begrunnes i hensynet til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter. Når det gjelder reglene om bevissikring, er det det sistnevnte alternativet, å «beskytte andres rettigheter eller friheter», som er aktuelt. Spørsmålet er om behovet for å få sikret de aktuelle bevisene veier tyngre enn inngrepet i retten til respekt for sitt privatliv. Svaret vil naturligvis avhenge av faktum i den enkelte sak, men for å kunne gå noe dypere i vurderingen på et teoretisk plan skisseres det et typisk bevissikringstilfelle uten varsel til motparten, der det foretas speilkopiering av harddisken i en datamaskin.

I vurderingen av om det skal kunne foretas en begrensning i vernet av privatlivet av hensyn til beskyttelse av andres rettigheter eller friheter, må det foretas en proporsjonalitetsvurdering, og jeg tar i det følgende utgangspunkt i de fire kravene som er oppstilt ovenfor. For det første må bevissikring være *egnet* som fremgangsmåte for å «beskytte andres rettigheter eller friheter». Egnetheten er sjelden et problem ved vurdering av bevissikring. Gjennom denne fremgangsmåten kan den begjærende part som regel få tilgang til en mengde informasjon – i teorien også informasjon vedkommende ikke visste eksisterte, men som kan utgjøre bevis i saken. I noen få tilfeller er imidlertid den begjærende part feilinformert, og begjærer bevissikring på et sted hvor beviset ikke befinner seg.⁸² I og med at bevissikring gjerne gjøres uten varsel og retten dermed tar stilling til bevissikringsspørsmålet kun basert på den begjærende parts fremstilling av saken, har ikke den det foretas bevissikring hos mulighet til å korrigere rettens oppfatning om faktum før etter at bevissikringen er gjennomført.⁸³ Retten må i sin vurdering av faktum ta i betraktning dette usikkerhetsmomentet. At bevissikring ikke er egnet fremgangsmåte for å få tilgang til bevis, hører imidlertid til unntakene.

For det andre må bevissikring fremstå som *nødvendig* for å sikre andres rettigheter eller friheter. Nødvendighetskravet vurderes i to henseender. Inngrepet som er innført av lovgiver, må fremstå som nødvendig, og her har staten en skjønnsmargin. I forarbeidene til bevissikringsreglene er imidlertid ikke EMK artikkel 8 vurdert overhodet. I tillegg må inngrepet i den konkrete saken være nødvendig. Bevissikring uten varsel er et inngripende tiltak, og bare dersom hverken rådighetsstillelse av bevis eller bevisopptak synes som noen

⁷⁸ Lorenzen m.fl. 2011 s. 31.

⁷⁹ Lorenzen m.fl. 2011 s. 766, Dokument 16 (2011–2012) s. 70, Kjølbro 2010 s. 599.

⁸⁰ Kjølbro 2010 s. 599, med videre henvisninger til Sunday Times v. The United Kingdom.

⁸¹ Se for eksempel Bernh. Larsen Holding AS and others v. Norway, no. 24117/08, 14. mars 2013 (174).

⁸² Se for eksempel en avgjørelse fra Moss tingrett 8. november 2007, 07-161239TVI-MOSS.

⁸³ Se avgjørelse 25. mars 2008 fra Moss tingrett i samme sak (07-161239TVI-MOSS), der kjennelsen nevnt i forrige fotnote ble opphevet etter muntlig forhandling.

farbar vei, skal bevissikring vurderes. Problemet er imidlertid at retten ikke har annet enn begjærende parts fremstilling av saken å basere seg på. Hvorvidt det faktisk er nødvendig å foreta en bevissikring, kan stille seg annerledes når den kommende motparten i saken får fremstilt sin versjon av faktum. Dette er også et usikkerhetsmoment som det er verdt å ta i betraktning. Selv om retten konkluderer med at det er nødvendig å foreta bevissikring, må det også vurderes om inngrepet kan begrenses ved at man for eksempel bare kopierer noen særlig relevante områder. Jo mer presis den begjærende part er i beskrivelsen av hvilke bevis det ønskes tilgang til, jo mindre er gjerne behovet for å foreta en fullstendig speilkopi av alt som ligger lagret.

For det tredje må bevissikring som fremgangsmåte ikke forrykke *balansen* mellom på den ene siden å verne privatlivet og på den andre siden å sikre et forsvarlig faktisk grunnlag for en kommende rettssak. Praksis fra EMD kan ikke gi noe klart svar på hvordan EMD ville forholdt seg til en speilkopiering av digitalt materiale i en sivil sak uten varsel i forkant, der det åpenbart ikke er mistanke om noe kriminelt. Utfra avgjørelsene beskrevet ovenfor vil det være sannsynlig at EMD vil fremheve speilkopiering som et inngripende tiltak og påpeke at manglende varsel vil gjøre tiltaket ytterligere inngripende. Som beskrevet ovenfor er det ikke mulig å gi et felles svar for alle bevissikringstilfeller, og betydningen av den underliggende saken vil være et viktig moment. Jeg vil likevel anta at bevissikring hos en tredjeperson uten varsel vil være tilfeller som kan komme i konflikt med kravet til balanse mellom inngrepets alvorlighetsgrad og betydningen av å få tilgang til det aktuelle materialet.

For det fjerde og siste må ikke inngrepet krenke *rettighetens kjerneområde*. Hva som ligger i kjernen av rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse, er umulig å beskrive i én setning, da denne rettigheten rommer så mye.⁸⁴ Slik jeg ser det, må det å uten forvarsel bli pålagt å stille sin bolig til disposisjon for bevissikring, slik at namsmannen kan foreta speilkopiering av det man måtte ha av digitalt lagret informasjon, inkludert all digital kommunikasjon, kunne sies å være et eksempel på noe som griper inn i kjernen av det EMK art. 8 ønsker å beskytte mot. Som nevnt tidligere må det anses som spesielt inngripende når den det sikres hos, er en tredjeperson i saken. Begrensningsreglene i EMK art. 8 nr. 2 åpner for inngrep i rettigheten, men jeg har ikke funnet praksis som tillater et inngrep som beskrevet. Bevissikring vil derfor kunne være i konflikt også med dette kravet.

8.4 Oppsummering

Som en oppsummering må begrensninger i retten til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse tilfredsstille flere krav oppstilt i EMK art. 8 nr. 2. Flere av disse kravene er det tvilsomt om reglene om bevissikring tilfredsstillende. Jeg trekker her frem at regelverket knyttet til gjennomføring av bevissikring er svakt utformet, og dette innebærer også at det ikke er utviklet noen form for retningslinjer som kan fungere som sikkerhetstiltak for å begrense virkningen av inngrepet, at reglene åpner for sikring uten varsel, og at de åpner for bevissikring hos personer som ikke har noe med den underliggende tvisten å gjøre. Disse svakhetene leder til en konklusjon om at det vil være tilfeller av bevissikring som er i konflikt med EMK art. 8 fordi tilfellene ikke omfattes av de oppstilte unntakene i artikkelens annet ledd.

Slik Grl. § 102 nå er utformet, blir de tilfellene som er i konflikt med EMK art. 8, også i konflikt med Grl. § 102. Dermed må konklusjonen her bli den samme: Det vil være bevissikringstilfeller som er i konflikt med Grl. § 102.

⁸⁴ Kjølbros 2010 s. 605–614.

9 Avslutning

Utviklingen i bruken av bevissikringsreglene i tvisteloven har tatt en vending som lovgiver ikke forutså. Tvistemålslovens regler om bevisoptagelse utenfor retssak var knapt i bruk før det ble åpnet for bevisopptak før motparten varsles,⁸⁵ men muligheten for å sikre digitalt lagret materiale uten varsel til motparten har gitt bruken av tvistelovens bevissikringsregler en oppsving. Reglene har på grunn av sitt anvendelsesområde fremdeles en mer avgrenset bruk, men reglene gir likevel et viktig alternativ til de tradisjonelle fremgangsmåtene for å få tilgang til bevis. Det sentrale bruksområdet er sikring av digitalt lagret informasjon. På grunn av disse bevisenes flyktige karakter er de andre fremgangsmåtene for å få tilgang til bevis ikke aktuelle i disse tilfellene. Bevissikringsreglene dekker derfor et behov for en fremgangsmåte som jeg tror vil øke i bruk i tiden fremover.

Denne artikkelen viser bare et utvalg av de endringsbehov som bevissikringskapittelet i tvisteloven har. Andre endringsbehov påpekes av Magne Strandberg ~~peker i sin i hans~~ artikkel i dette nummeret av *Lov og Rett*, på vedrørende problemstillinger knyttet til sakskostnader ved bevissikring. Ytterligere endringsbehov belyses i min etter ~~fulgt følgende av min~~ artikkel om sorteringsprosessen i bevissikringsaker og i beslag inneholdende taushetsbelagt informasjon. Samlet sett bør konklusjonen være klar.

⁸⁵ Hjort 2016 s. 50.