

UiO • **Det juridiske fakultet**

Bevissikring og informasjonspålegg i et lovgivningsteknisk perspektiv

Kandidatnummer: 587

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 15028



Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | Innfallsvinkel | 1 |
| 1.2 | Bevissikring | 2 |
| 1.3 | Informasjonspålegg..... | 3 |
| 1.4 | Komparativt | 5 |
| 1.5 | Metode | 5 |
| 1.6 | Begrepsbruk | 6 |
| 1.7 | Det videre opplegget..... | 6 |
| 2 | SPØRSMÅLET OM REGLENES ANVENDELSESOMRÅDE OG RETTSLIG PLASSERING | 7 |
| 2.1 | Innledning | 7 |
| 2.2 | Bakgrunnen for valg av anvendelsesområde | 8 |
| 2.3 | Rettslig plassering..... | 13 |
| 3 | SKILLET MELLOM MATERIELLE OG PROSESSUELLE VILKÅR..... | 15 |
| 4 | HVEM KAN BEGJÆRINGEN/KJENNELSEN RETTES MOT?..... | 17 |
| 5 | HVA KAN SIKRES? | 21 |
| 6 | HVA MÅ SPESIFISERES? | 22 |
| 7 | TIDSPUNKTET FOR BEGJÆRINGEN | 24 |
| 8 | DEN PRAKTISKE GJENNOMFØRINGEN..... | 27 |
| 9 | BEVISKRAVET | 31 |
| 9.1 | Innledning | 31 |
| 9.2 | Bevissikring | 31 |
| 9.3 | Informasjonspålegg..... | 35 |
| 10 | FORHOLDSMESSIGHET | 38 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 10.1 | Innledning | 38 |
| 10.2 | Den konkrete forholdsmessighetsvurderingen – lovhjemler som sikrer proporsjonalitet | 39 |
| 10.3 | Andre rettssikkerhetsgarantier/prosessuelle regler til vern av rekvisitus..... | 42 |
| 10.3.1 | Sikkerhetsstillelse og erstatning | 42 |
| 10.3.2 | Preklusjonsfrist | 45 |
| 11 | AVSLUTNING..... | 48 |
| 12 | KILDER..... | 50 |
| 12.1 | Lover | 50 |
| 12.2 | Forarbeider | 50 |
| 12.3 | Rettspraksis | 51 |
| 12.4 | Internasjonale traktater og direktiver | 52 |
| 12.5 | Litteratur | 52 |

1 Innledning

1.1 Innfallsvinkel

Immaterialretten er det området av formueretten som omhandler den rettslige beskyttelse av intellektuelle prestasjoner og egenskaper. I utgangspunktet regulerer immaterialrett materielle regler, mens sivilprosessen regulerer prosessuelle regler. Immaterialretten har imidlertid et behov for prosessregler for å beskytte de materielle rettighetene.

Norge har som følge av internasjonalt regelverk om beskyttelse, sikring og håndhevelse av immaterialrett - henholdsvis TRIPS-avtalen¹ og direktiv 2004/48/EF² – innført regler i tvisteloven³ om bevissikring og informasjonspålegg. Begge disse rettsinstitutter har således internasjonalt regelverk om immaterialrett som bakgrunn. Allikevel er gjennomføringsmåten og anvendelsesområdene forskjellig.

Tema for denne avhandlingen er ikke å tolke og analysere de ovennevnte reglene i tvisteloven, men snarere belyse den nærmere lovgivningstekniske løsning som er valgt ved implementeringen av det internasjonale regelverket. Begge regelsett omhandler ulike måter å skaffe bevis på til en mulig rettssak, og vil i mange situasjoner være overlappende. Men reglene springer ut av nokså ulike bakenforliggende omstendigheter, som sammen med andre faktorer har fått betydning for den nærmere lovgivningstekniske gjennomføringen av det internasjonale regelverk som foranlediget de aktuelle bestemmelsene. Med dette perspektiv for øye, vil bevissikringsreglene bli sammenliknet med det nye kapittelet i tvistelovens 28A om informasjonspålegg.

¹ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) av 1. januar 1995.

² Europaparlamentets- og rådets direktiv 2004/48/EF av 29. april 2004 om håndhevelsen av intellektuelle eiendomsrettigheter.

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

1.2 Bevissikring

TRIPS-avtalen er en del av WTO-avtalen⁴, og ble ratifisert av Norge 7. desember 1994. Den trådte i kraft 1. januar 1995.⁵ Avtalen konvensjonsfester et minimumsvern for immaterielle rettigheter, og har til formål å effektivisere den globale beskyttelse av rettighetene, samt sikre regler som gjør håndheving av krenkelser mer effektiv.⁶

Ved implementeringen av TRIPS-avtalen ble det lagt til grunn at avtalen kun på enkelte punkter krevde endringer i norsk rett.⁷ Reglene i artikkel 50 i avtalens del III om adgang til bevisopptak utenfor rettssak ble ikke nevnt som et av dem.⁸

Avtalens del III inneholder regler om håndhevingen, og stiller krav til medlemsstatenes tilrettelegging i så måte. Artikkel 50 gir nærmere regler om midlertidige tiltak for å sikre immaterielle rettigheter, herunder tiltak for å sikre bevis for krenkelser. Artikkel 50 nr. 1 b sammenholdt med nr. 2 stiller krav om at det skal være anledning for en saksøker å begjære bevisopptak uten at den annen part høres ”særlig når det er sannsynlig at en forsinkelse kan påføre rettighetshaveren uopprettelig skade eller når det er en påviselig risiko for at bevismaterialet ødelegges”.⁹ Artikkelen stiller også krav til saksbehandlingen i slike saker, jf. nr. 3 til 8.

Gjennom kjennelsen inntatt i Rt. 2000 s. 1261 *Storbyguiden* ble lovgiver gjort oppmerksom på en ubevisst motstridssituasjon mellom norsk rett og TRIPS-avtalens artikkel 50 nr 2. Det fremgikk av daværende tvistemålslov § 270 annet ledd at motparten, der denne er kjent, skulle høres før bevisopptaket ble gjennomført. Plikten gjaldt imidlertid ikke dersom det var ”fare ved opphold”.¹⁰

⁴ Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (World Trade Organization) av 15. april 1994.

⁵ Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 1.

⁶ Se TRIPS-avtalens fortale.

⁷ Dette ble i første hånd gjort i de enkelte immaterielle lover, men også andre, så som tolloven (Lov 10. juni 1966 nr. 5 Lov om toll – opphevet) og tvangsfullbyrdelsesloven, jf. Ot.prp. nr. 73 (1995-1996).

⁸ St.prp. nr. 65 (1993-1994) s. 169.

⁹ Fra norsk oversettelse i Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 2.

¹⁰ Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6.

Ovennevnte sak gjaldt et tilfelle der bevissikring ble begjært gjennomført uten forutgående varsel til motparten da det etter saksøkers mening var forbundet med bevisforspillelsesfare å forhåndsvarsle sikringen. Det ble vist til den aktuelle bestemmelsen i TRIPS-avtalen, og argumentert med at tvistemålsloven måtte tolkes slik at den var i samsvar med avtalens krav. Etter Høyesteretts mening var det ikke hjemmel for å unnlate varsel på dette grunnlag; *”Bestemmelsen [tvml. § 270(2)] åpner ikke for bevisopptak uten varsel fordi man frykter at den som sitter med beviset kan komme til å ødelegge det hvis begjæringen gjøres kjent.”* Unntaket *”fare ved opphold”* tok sikte på situasjoner *”der bevisopptak må skje umiddelbart og motparten derfor ikke kan høres fordi det tar tid.”*¹¹

Kjennelsen foranlediget innføringen av ny bestemmelse i tvml. § 271a, nå videreført i gjeldende tvl. § 28-3 fjerde til sjette ledd. Ved denne lovendring ble Norge det siste av de nordiske land som innførte bevissikring uten varsel. Tvml. § 271a trådte i kraft 1. juli 2004.

Tvisteloven kapittel 28 inneholder regler om bevissikring, og hjemler adgang til å begjære tilgang til bevis før en rettssak, og uten at vedkommende som besitter bevisene eller annen eventuell motpart forhåndsvarsles om sikringen. Når sikringen er gjennomført, kan den begjæringen retter seg mot kreve overprøving av kjennelsen ved etterfølgende muntlig forhandling i medhold av tvl. § 32-8, jf. § 28-3 fjerde ledd, fjerde punktum. Blir sikringskjennelsen opprettholdt etter forhandlingene, får begjærende part tilgang på bevisene.

1.3 Informasjonspålegg

Til tross for reglene om bevissikring utenfor rettssak, var det behov for ytterligere regler for å sikre rettighetshavers mulighet til å beskytte seg mot inngrep i immaterielle rettigheter. Som følge av et økende omfang av immaterialrettsinngrep, og et påvist mønster av inngripere bestående av virksomheter som drev slik aktivitet i systematisk og organiserte former, har vi i kapittel 28A fått regler om informasjonspålegg.¹²

Rettighetshavers interesse i å avdekke inngrep også bakover i omsetningskjeden gjorde seg gjeldende, samtidig som de tradisjonelle regler om bevisføring og bevissikring ble ansett ikke

¹¹ Se kjennelsens side 1264. Min utheving.

¹² Prop. 81 L (2012-2013) s. 6, Innst. 261 L (2012-2013) s. 1

i tilstrekkelig grad hensynta denne utviklingen.¹³ Man stod overfor et følt behov på ett rettsområde – immaterialretten.

Kapittel 28A ble utformet etter mønster fra direktiv 2004/48/EF om håndheving av immaterialrettigheter, blant annet for å oppnå konkurransedyktige rammebetingelser for norske bedrifter.¹⁴ Direktivets formål var blant annet å effektivisere rettighetshavers mulighet i å avdekke distribusjonsleddene bak for eksempel en detaljist når inngrepsgjørende varer oppdages hos denne.¹⁵ Videre, og mer overordnet, var direktivets formål å harmonisere EU-landenes nasjonale lovgivning for å oppnå et høyt ensartet beskyttelsesnivå i det indre marked.¹⁶ Riktignok inneholdt allerede TRIPS-avtalens artikkel 47 en liknende bestemmelse, men den påla ikke statene å innføre ordningen, jf. ordet ”may”. Noen stater hadde innført slike regler, andre ikke. Direktivet bidro slik sett til ensartet regulering i EU-statene.

Før vedtakelsen av kapittel 28A var norsk rett i hovedsak i overensstemmelse med minimumskravene i direktivet. Norge var heller ikke forpliktet til å gjennomføre minimumskravene da direktivet inneholdt en rekke prosessuelle bestemmelser, og således falt utenfor EØS-avtalens virkeområde. En innføring av direktivets bestemmelser ville imidlertid gi rettighetshaver en sterkere stilling når det kom til muligheten for å avdekke inngrep sammenliknet med det norske rett ga før vedtakelsen.¹⁷ Håndhevingsmidlene som stod til rådighet når inngrep først var konstatert var tilfredsstillende, men selve muligheten for å avdekke krenkelser skulle bedres. Det var ønskelig at de prosessuelle rammevilkårene ved forfølgning av inngrep skulle være minst like gode i Norge som hos land underlagt direktiv 2004/48/EF.¹⁸

Reglene om informasjonspålegg i tvisteloven kapittel 28A innebærer at rettighetshaveren – når det er rimelig grunn til å tro at det er gjort inngrep i en immateriell rettighet – kan begjære at retten pålegger inngriperen å opplyse om opprinnelse og distribusjonsnettverk for varer

¹³ Prop. 81 L (2012-2013) s. 68.

¹⁴ Prop. 81 L (2012-2013) s. 13 og 74. Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

¹⁵ Prop. 81 L (2012-2013) s. 68.

¹⁶ Proposition 2008/09:67 s. 1.

¹⁷ Prop. 81 L (2012-2013) s. 8-9.

¹⁸ Prop. 81 L (2012-2013) s. 78.

eller tjenester som inngrepet gjelder.¹⁹ En slik begjæring kan også rettes mot andre enn inn- griperen som har hatt befatning med varer eller tjenester som utgjør inngrep på nærmere an- gitte måter.²⁰ En begjæring om informasjon kan fremsettes i forbindelse med et pågående søksmål om inngrep, eller som en egen sak uavhengig av slikt søksmål.²¹ Reglene i kapittel 28A trådte i kraft 1. juli 2013. Det fremkommer av forarbeidene at innføringen av reglene representerte ”en prinsipiell nyskapning”.²² En forståelse av utsagnet kan være at innehavere av immaterielle rettigheter gis et unikt verktøy til bekjempelse av inngrep, eller at det ved innføringen av reglene som eget kapittel i tvisteloven gjøres et nytt og uvanlig lovgivnings- teknisk grep som ikke kan sammenliknes med tidligere lovgivningsrutiner.

1.4 Komparativt

TRIPS-avtalen og direktiv 2004/48/EF har også i Sverige og Danmark gitt opphav til regler både om bevissikring og informasjonspålegg. De lovgivningstekniske løsninger som der er valgt er imidlertid annerledes, noe som medfører at reglenes karakter og utforming blir ganske ulik den norske. At nasjonale verdiavveininger ved implementering gir seg utslag på varieren- de måter i ulike land, er ikke enestående. På den annen side har Norge tradisjon for å se hen til Sverige og Danmark ved implementering av internasjonale regelsett. Det er derfor av interes- se å se hvordan våre naboland har valgt å gjennomføre regelverket, og hvilke avveininger som begrunnet deres valg av løsning. I det følgende vil jeg fortløpende sammenlikne med svensk og dansk rett.

1.5 Metode

I denne avhandlingen benytter jeg en lovgivningsteknisk metode. Det innebærer at avhand- lingen ikke gir en rettsdogmatisk fremstilling av bestemmelsene. Det er heller ikke tale om en rettssosiologisk studie av regelverket. Mitt formål er å belyse hvordan ulike lovgivningstek- niske valg kan ha hatt betydning og gitt seg utslag i lovens tekst og videre hvordan dette på- virker rettsanvendelsen. Et slikt perspektiv fordrer spørsmål av mer overordnet karakter, og

¹⁹ Se Tvl. § 28A-1 første ledd.

²⁰ Se tvl. § 28A-1 første ledd bokstav a til e.

²¹ Se tvl. § 28A-3 første ledd.

²² Prop. 81 L (2012-2013) s. 110.

tilnærmingen til de rettslige spørsmålene vil anlegges med dette perspektivet for øye. Kapittel 4 til 10 nødvendiggjør likevel en analyse av ulike materielle regler, men formålet er fortsatt å synliggjøre de mulige lovgivningstekniske valg og virkninger, primært basert på uttalelser i de ulike landenes forarbeider.

1.6 Begrepsbruk

Der jeg i denne fremstilling bruker begrepet *rekvirent*, siktes det til den begjærende part. Med *rekvisitus* menes den person hvis kjennelse retter seg mot. Begrepene *saksøker*, *saksøkt* eller *motpart* vil ikke alltid være treffende i de rettslige situasjoner denne oppgaven omhandler; både et informasjonspålegg og en bevissikringskjennelse kan rettes mot en person uavhengig av et søksmål, samt at kjennelsen kan rettes mot andre enn den som er saksøkt i et aktuelt søksmål.

Videre brukes *bevissikring* gjennomgående om de tilfeller der bevissikring gjennomføres uten at motparten forhåndsvarsles. I motsatt fall vil dette fremgå av sammenhengen.

1.7 Det videre opplegget

Avhandlingens formål leder til en struktur der ulike valg og konsekvenser av lovgivningsteknikken påpekes. I Kapittel 2 behandles de verdiavveininger og lovgivningstekniske hensyn som på det overordnede plan lå til grunn for valget om reglens anvendelsesområde og rettslige plassering da reglene ble innført. Kapitlet kan sees som et bakteppe for hvordan reglene ble utformet og hvordan de praktiseres, som er temaet i de påfølgende kapitler.

I kapittel 3 ses nærmere på hvordan de ulike materielle og prosessuelle vilkår er strukturert og fremstilt i regelverket. Kapittel 4 til 10 vil gå noe mer i dybden hva gjelder det nærmere materielle innholdet. Hvordan lovteksten er utformet med hensyn til konkrete problemstillinger, så som hva som kan sikres, hvem en begjæring kan rettes mot, hvilke beviskrav som stilles og reguleringen av den praktiske gjennomføringen, vil blant annet bli behandlet.

2 Spørsmålet om reglens anvendelsesområde og rettslig plassering

2.1 Innledning

Ved innføringen av en ny rettslig regulering på et område, står lovgiver overfor to spørsmål av lovgivningsteknisk karakter. Det ene spørsmålet er hvordan reglene skal utformes, og det annet hvor de skal plasseres. Spørsmålene henger i mange tilfelle sammen, slik at svaret naturlig er gitt, og problematiseres da sjelden av lovgiver i løpet av lovgivningsprosessen.

De nordiske land har alle valgt forskjellige lovgivningstekniske løsninger for de særskilte reglene om bevissikring. I Norge gjelder reglene generelt, som vil si at de omfatter alle typer sivile tvister, og er følgelig inntatt i tvisteloven. I både Sverige og Danmark er reglens anvendelsesområde begrenset til kun å gjelde immaterialrettskrenkelser. I Sverige er reglene inntatt i hver enkelt av de ulike immaterielle lovene med tilnærmet lik ordlyd,²³ mens de i Danmark er viet et eget kapittel 57a i retspleieloven (*Bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder mv*).²⁴

For reglene om informasjonspålegg er anvendelsesområdet i alle de tre nordiske land begrenset til å gjelde inngrep i immaterielle rettigheter. Både Sverige og Danmark fulgte opp bevissikringsreglens lovtekniske løsning ved innføringen av informasjonspåleggsbestemmelsene.²⁵ Danmark innførte reglene i et nytt kapittel 29a i retspleieloven (*Opplysningspligt ved krænkelse af immaterialrettigheder mv.*), mens reglene i Sverige igjen ble inntatt som bestemmelser i de enkelte immaterielle lovene.²⁶ Norge valgte en annen løsning ved innføring av regler om informasjonspålegg; reglene ble innført som et eget kapittel i tvisteloven, men slik at anvendelsesområdet var begrenset til immaterialrettsinngrep.

²³ Se eksempelvis Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1960:729 (Upphovsrättslagen) § 56a flg. Denne lov vil gjennomgående benyttes for å belyse reglene om informasjonspålegg og bevissikring i svensk rett.

²⁴ Lov om rettens pleje af 24. september 2013 nr. 1139 (Retsplejeloven).

²⁵ De trådte i kraft 15. april 2006 i Danmark, og 1. april 2009 i Sverige.

²⁶ Se upphovsrättslagen § 53c flg.

2.2 Bakgrunnen for valg av anvendelsesområde

Kun få uker etter at Tvistemålsutvalget leverte NOU 2001:32 *Rett på sak* til Justisdepartementet, sendte departementet selv ut et høringsnotat med konkurrerende forslag til regulering av bevissikringsbestemmelser.²⁷

Høringsinstansene ble følgelig forelagt to alternative løsninger til hvorledes TRIPS-avtalen skulle oppfylles. En regel som brøt med kontradiksjonsprinsippet utenfor tilfelle der det var ”fare ved opphold” var på grunn av internasjonal forpliktelse om beskyttelse av immaterielle rettigheter nødvendig å innføre i norsk rett. Ett av de lovgivningstekniske hovedspørsmålene departementet måtte ta stilling til var om ”hullet” skulle tettes ved innføring av en generell hjemmel, eller om oppfyllelsen av TRIPS-avtalen skulle begrenses til kun å gjelde immaterielle rettigheter, som avtalen var beregnet på.

I høringsnotatet av 16. januar 2002 ble det anbefalt å innføre detaljerte regler om bevissikring tett knyttet opp mot ordlyden i flere av TRIPS-avtalens bestemmelser. Reglens anvendelsesområde ble foreslått kun å omfatte krenkelser av immaterielle rettigheter da det var på dette området en endring var påkrevet i henhold til TRIPS-avtalen.²⁸ For Justisdepartementet var det avgjørende å ikke utvide anvendelsesområdet i større grad enn hva som var påkrevet i henhold til avtalens artikkel 50 nr. 2: ordningen innebar at det prosessuelle grunnprinsippet om kontradiksjon skulle fravikes, på bekostning av en mulig motparts rettssikkerhet. I tillegg ville ordningen medføre et innhugg i prinsippet om bevisumiddelbarhet.²⁹ En mer generell regel kunne eventuelt vurderes senere.³⁰

Tvistemålsutvalgets forslag i NOU 2001: 32 var derimot ikke begrenset til spesielle sakstyper, men skulle gjelde generelt og inntas i tvistemålsloven. Slikt sett ville det kun bli tale om en utvidelse av den gjeldende bestemmelsen i tvistemålsloven § 270 annet ledd, som også gjaldt generelt.

²⁷ NOU 2001: 32 ble avsagt 20. desember 2001, mens høringsnotatet er av 16. januar 2002.

²⁸ Høringsnotatet av 16. januar 2002 s. 6.

²⁹ Høringsnotatet av 16. januar 2002 s. 9-10.

³⁰ Høringsnotatet av 16. januar 2002 s. 6.

På bakgrunn av høringsinstansenes synspunkter, valgte departementet å følge Tvistemålsutvalgets opprinnelige forslag. Dette altså tiltross for at de selv tok initiativet til et høringsnotat etter at NOUen var overrakt. Løsningen ble blant annet begrunnet med at en prosessuell særregel til vern kun av immaterielle rettigheter ville fremstå som en dårlig begrunnet særbeskyttelse av en spesiell kategori rettigheter. Behovet for bevisopptak uten varsel til motparten kunne være vel så stort også i andre tilfelle.³¹ De prinsipielle betenkeligheter ved en rettighetsnøytral/generell anvendelse knyttet seg etter departementets syn først og fremst til at reglene innebar en fravikelse av det kontradiktoriske prinsipp, men påpekte i den anledning at i de tilfeller som regelen var ment å favne, ville kontradiksjon på et innledende stadium kunne føre til materielt uriktige realitetsavgjørelser. Faren for materielt uriktige realitetsavgjørelser på grunn av bevisforspillelse fra motpartens side måtte anses som et større rettssikkerhetsproblem enn at kontradiksjonsprinsippet ble fraveket.³²

I Sverige var det aldri en problemstilling hvorvidt reglene skulle gis anvendelse på andre rettsområder enn immaterialretten. Det var kun et spørsmål om anvendelsesområdet skulle omfatte andre immaterielle rettigheter enn de TRIPS-avtalen var begrenset til å gjelde (dvs. den beskyttelsen som gis gjennom foretakshemmelighetsloven og markedsføringsloven).³³ Regjeringens utgangspunkt var at integritetsaspektene ved tiltaket veide så tungt at man av den grunn måtte være restriktiv når det var tale om å innføre et nytt beskyttelsestiltak som ikke hadde noe sammenlignbart motstykke i sivilprosessen for øvrig.³⁴ Det ble vist til at det ikke var meldt om noe behov for slike regler på disse områdene, og at det av den grunn ikke var aktuelt å gi reglene slik utvidet anvendelse.³⁵ Reglernes anvendelsesområde ble strengt begrenset til de immaterielle rettigheter TRIPS-avtalen omfattet.

Også ved den danske gjennomføringen gjøres det et poeng ut av på hvilke immaterielle rettsområder det særlig var behov for bevissikringsregler. De bevismessige problemene ble

³¹ Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 5.

³² Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 5.

³³ Det fremgår av TRIPS-avtalen artikkel 1 nr. 2 sammenholdt med del II avsnitt 1 til 7 hvilke immaterielle rettigheter som omfattes.

³⁴ Prop. 1998/99:11 s. 51.

³⁵ Prop. 1998/99:11 s. 51-52.

ansett å være mest prekær på opphavs- og varemerkerettens område.³⁶ Likevel ble reglene innført også for immaterielle rettigheter som TRIPS ikke var strengt begrenset til å gjelde.³⁷

Disse restriktive holdninger knyttet til reglens anvendelsesområde finner vi ikke spor av i de norske forarbeider. En mulig årsak til dette, kan være at premissene som lå til grunn for innføringen av regelverket i Sverige og Danmark var annerledes enn i Norge.

Før innføringen av regler om bevissikring ble det både i Sverige og Danmark erfart og ytret fra bransjen at immaterielle inngrep hadde økt betydelig i omfang og at forfølgning av inngrep og håndhevingen av rettighetene støtet på vesentlige bevismessige problemer med det regelverket man da hadde til rådighet.³⁸ Særlig tvangsmessig sikring av bevis gjennom en sivilprosessuell prosedyre var etterlyst, og behovet for innføring av slike regler var prekært.³⁹ Det ble anført fra flere hold at TRIPS-avtalens artikkel 50 av den grunn ikke i tilstrekkelig grad var oppfylt.⁴⁰ For å eliminere enhver tvil om TRIPS-avtalen var tilstrekkelig oppfylt, samt å styrke forfølgelses- og håndhevingsmulighetene, ble reglene innført.^{41 42}

Slike bakenforliggende utviklingstrekk påpekes ikke i de norske forarbeider – til tross for at reglene ble innført sist av de nordiske land. I Norge ble det ikke erfart noe økende omfang av immaterialrettsinngrep som eventuelt kunne avhjelpes med bevissikringsreglene. Formålet med innføringen ble i de norske forarbeidene angitt å være todelt; hovedhensikten var på generelt grunnlag å legge til rette for sikring av bevis som det er forbundet med bevisforspillelsesfare å varsle om. På immaterialrettens område hadde utvidelsen til hensikt også å tilfredsstille kravene i TRIPS-avtalens artikkel 50 (dvs. rette opp i en ubevisst motstridsituasjon).⁴³

³⁶ Betænkning nr.1385-2000 s. 14.

³⁷ Betænkning nr. 1385-2000 s. 55.

³⁸ Betænkning nr. 1385/2000 s. 19-20 og Prop. 1998/99:11 s. 45.

³⁹ Prop. 1998/99:11 s. 48 og 49.

⁴⁰ Prop 1998/99 s. 19, Betænkning nr. 1385/2000 s. 26-27.

⁴¹ Betænkning nr. 1385/2000 s. 5, Prop. 1998/99:11 s. 46-47.

⁴² Reglene om bevissikring ("inntrångsundersökning") ble i Sverige innført 1. januar 1999, og i Danmark 1. april 2001.

⁴³ Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 1.

Bevisforspillelsesfare vil alltid utgjøre en trussel mot hensynet til materielt riktige avgjørelser – på ethvert rettsområde. Men spørsmålet ved innføringen av en generell, vidtgående hjemmel, blir da hvilke andre rettssikkerhetsgarantier som må vike. Bevissikring er et sivilprosessuelt tvangsmiddel, og således inngripende. Det kan tale for å gi reglene et anvendelsesområde begrenset til de rettsområder der hensyn til bevissikring er særlig fremtredende. Var det nødvendig å fravike de sivilprosessuelle grunnprinsipper om kontradiksjon og bevisumiddelbarhet på alle sivile rettsområder?

Begrunnelsen for ikke å begrense reglenes anvendelsesområde i Norge var at ”Behovet for bevisopptak uten varsel til motparten kan reelt være vel så stort i andre tilfeller som ved krenkelser av immaterielle rettigheter.”⁴⁴ I NOUen er det påpekt at det bredere bakenforliggende formål med tvisteloven generelt, og kapittel 28 spesielt, er at tvister skal søkes løst før de når domstolene ved å legge til rette for løsninger gjennom forhandlinger før det er reist sak. Ved å få tilgang på bevis i forkant av en rettslig tvist, kan man lettere vurdere sin rettslige posisjon med tanke på forliksforhandlinger og eventuelt påfølgende rettssak.⁴⁵ Jo tidligere partene får oversikt over bevissituasjonen, desto raskere vil forlik kunne inngås dersom det er grunnlag for det.⁴⁶ Dette kan tale for at en generell anvendelse har støtte i et av grunnprinsippene bak utformingen av tvisteloven. Imidlertid kan det spørres om hvordan det kan bidra til forliksvilighet at man ”angriper” motparten med en kjennelse fra retten med tillatelse til å kopiere og ta beslag i bevis fordi man mener motparten er uredelig nok til ellers å ville unndra bevisene.

En konsekvens av den lovgivningstekniske løsning med å åpne for bevissikring på generelt grunnlag, er at man beveger seg et skritt i retning av en angloamerikansk prosesstradisjon, der prosessens tyngdepunkt ligger i saksforberedelsen.⁴⁷ Det er her partene plikter å utveksle bevis og gi tilgang til annen informasjon. Hovedforhandlingen får da mer karakter av å være en formalsak, der utfallet nærmest er gitt på forhånd. I den Skandinaviske prosesstradisjon, som Norge alltid har vært en del av, er derimot tyngdepunktet plassert i hovedforhandlingen; det er her bevisene føres muntlig for den dømmende rett.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 5.

⁴⁵ NOU 2001:32 s. 987-988.

⁴⁶ Schei m.fl. (2013) s. 980.

⁴⁷ Såkalt ”discovery/disclosure”, se NOU 2001:32 s. 460-465.

I de norske forarbeider er fokus rettet mot hensynet til materielt riktig resultat, egen rettslig stilling og ønske om å løse tvister. De integritetsaspekter samt hensynet til den privates sfære som så grundig blir drøftet (og respektert) i de svenske og danske forarbeider, savnes i den norske proposisjonen. Også som det siste av de nordiske land til å oppfylle TRIPS-avtalens artikkel 50 nr. 2, skulle en forvente at man så seg lovteknisk over skulderen og vurderte nærmere de sterke hensyn som begrunnet et snevrere anvendelsesområde der. Det gjøres klart i høringsnotatet av 16. januar 2002 at det nettopp på grunn av fravikelsen av de sivilprosessuelle grunnprinsipper bør foreligge et påviselig behov for at innføringen av ordningen på andre rettsområder enn de som er påkrevet av hensyn til oppfyllelse av TRIPS, skal gjennomføres.⁴⁸

På den annen side adskiller ikke krenkelser av immaterielle rettigheter seg vesentlig fra andre sivile erstatningssaker. Det kan derfor tale mot å gi slike rettighetshavere en særstilling. Gjennom de danske og svenske regler gis faktisk innehavere av en bestemt type rettighet eksklusiv adgang til å benytte et prosessuelt tvangsmiddel for å fremskaffe bevis om ulovligheter knyttet til vedkommendes rettighet. Andre er henvist til å benytte de gjeldende regler om midlertidig forføyning m.m.

Når det gjelder innføringen av informasjonspåleggsbestemmelsene i norsk rett, som jo har begrenset anvendelsesområde til å gjelde immaterielle krenkelser, ser vi mange av de samme premissene som begrunnet innføringen av bevissikringsreglene i Sverige og Danmark. Inngrep i immaterielle rettigheter hadde økt betydelig i omfang, og det forelå et behov for innføringen av regelsettet for å lette bevissituasjonen for rettighetshaver. Det var også et mål å være konkurransemessig på høyden med de andre europeiske land som var forpliktet av direktivet.⁴⁹ Som EU-land var det naturlig nok for å oppfylle direktiv 2004/48/EF art. 8 at Sverige og Danmark innførte regler om informasjonspålegg.⁵⁰ Reglene som gjaldt var til da begrenset i flere henseender.⁵¹

⁴⁸ Se side 5 der det uttales at ordningen som foreslås i NOUen er ”en fordel dersom man mener det er et reelt behov for en slik regel utenfor TRIPS-avtalens område.”

⁴⁹ Se punkt 1.3 over.

⁵⁰ Sveriges regler trådte i kraft 1.april 2009, og Danmarks regler 15. april 2006.

⁵¹ Proposition 2008/09:67 s. 121-122, Lovforslag nr. L 67 (2005-2006). s. 5

2.3 Rettslig plassering

Det andre spørsmål av lovgivningsteknisk karakter er hvor og hvordan reglene skal innføres i lovverket.

Verken i høringsnotatet av 2002 eller Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) gjøres det noe poeng ut av hvor bevissikringsreglene bør innføres. Kun vedrørende punktet om anvendelsesområde er de av ulik oppfatning. At reglene skulle inntas i tvistemålsloven virket som en selvfølge.⁵² Det påpekes i NOU 2001:32 at plasseringen av reglene om bevissikring utenfor rettssak ”er et rent hensiktsmessighetsspørsmål”, og at plasseringen burde skje ut fra hvilke andre regelsett de har sterkest tilknytning til.⁵³ Den mest naturlige plassering ble ansett å være sammen med de øvrige regler i tvistemålsloven som gjelder for bevissikring og bevistilgang når sak er reist.

I de danske forarbeider ble det derimot drøftet hvor reglene skulle innføres.⁵⁴ Det ble argumentert for og mot de ulike løsninger. Reglene kunne tenkes å inntas i forbindelse med de enkelte immaterielle lovene slik som i Sverige. Dette var imidlertid ikke å foretrekke da det krevde en innsetting av likeartede og temmelig omfattende regler i et større antall lover om forskjellige typer immaterielle rettigheter hvor spørsmålet om bevissikring ikke kunne antas å ha særlig praktisk betydning. Videre ville de ulike rettigheter formelt sett høre inn under ulike departement (fortrinnsvis kultur-, og justisdepartementet) som da måtte trekkes inn i lovarbeidet og unødig forsinke prosessen.

Et annet forslag var å innta reglene i retsplejeloven, eventuelt i tilslutning til reglene om midlertidige forføyninger. For denne løsning talte det faktum at det var tale om regler av prosessuell karakter beslektet med forføynings- og ransakingsbestemmelsene.⁵⁵ Imidlertid ble det påpekt at retsplejeloven burde forbeholdes regler av generell karakter, slik loven hittil hadde vært. Regler om bevissikring med anvendelsesområde begrenset til å gjelde immaterielle rettigheter, ville bryte med denne ordningen.

⁵² Høringsnotatet foreslo å innta reglene i nye bestemmelser i tvml. §§ 270a, 270b osv, mens Ot.prp. nr. 33 gikk inn for regulering i tvml. § 271a.

⁵³ Se side 113.

⁵⁴ Betænkning nr. 1385-2000 s. 53 flg.

⁵⁵ Retsplejeloven i Danmark inneholder både sivile- og straffeprosessuelle regler.

En tredje løsning var å utarbeide en egen lov. Som eksempel kan nevnes at denne løsningen ble valgt ved innføringen av reglene i Finland.⁵⁶ Både betenkningens lovutkast og Justisministeriets lovforslag opererte med et forslag til selvstendig lov om bevissikring. Under Folketingets behandling ble imidlertid dette endret, slik at reglene i stedet ble en del av retspleielovens regler om foreløpige rettsmidler.⁵⁷ Den nærmere begrunnelsen som lå til grunn for denne endringen i det danske Folketinget, er ikke referert i deres betenkning.⁵⁸

Selv om det ikke fra norsk side ble drøftet, gjør de samme hensyn som taler mot en innføring i tvistelovens regler seg gjeldende. Når reglene skulle gis generelt anvendelsesområde, var det imidlertid ikke særlig oppsiktsvekkende at de ble innført i den alminnelige prosessuelle lov om sivile tvister.

Det samme kan ikke sies om informasjonspåleggsbestemmelsene. Som begrunnelse for å inn- ta reglene i eget kapittel i tvisteloven ble det i proposisjonen hevdet at bestemmelsene tema- tisk passet inn der, og at tvisteloven dessuten allerede inneholdt enkelte særlige bestemmelser for bestemte sakstyper, uten at det ble vist til hvilke særlige bestemmelser dette gjaldt.⁵⁹

I Sverige ble det anført som begrunnelse for plasseringen av reglene om informasjonspålegg at det var tale om prosessuelle regler som kun skulle gjelde for immaterialretten. Derfor burde bestemmelsene, på samme måte som bestemmelsene om bevissikring, innføres i de respektive immaterialrettslige lovene.⁶⁰ Men også i Norge er det tale om ”spesifikke sivilprosessuelle

⁵⁶ Lag om säkerställande av bevisning i tvistemål som gäller immateriella rättigheter 7.4.2000/344 i kraft 1. mai 2000

⁵⁷ Gomard (2013), s. 488.

⁵⁸ Betænkning afgivet af Retsudvalget den 1. marts 2001 - Betænkning over Forslag til lov om bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder m.v.[af justitsministeren (Frank Jensen)]

⁵⁹ Prop. 81 L (2012-2013) s. 74. Det er mulig det refereres til bestemmelsen i tvistelovens § 34-7 (*Særregler om midlertidige forføyninger til sikring av immaterialrettigheter*) som svarer til den tidligere § 15-14 i tvangsfullbyrdelsesloven. Ved lov av 31. mai 2013 nr.25 ble ordlyden endret, og bestemmelsen innført i tvisteloven samtidig med det nye kapittel 28A, se Prop. 81 L (2012-2013) s. 117.

⁶⁰ Prop. 2008/09:67 s. 129.

regler” med begrenset anvendelsesområde. Likevel ble de innført i den generelle lov om sivile tvister.

Som begrunnelse for innføring av reglene i nytt kapittel 29a i retsplejeloven ble det henvist til en viss emnemessig tilknytning til rettspleielovens regler om bevis og bevissikring, samt at det heller ikke på dette området var ønskelig med en rekke ensartede regler i et større antall immaterialrettslige lover.⁶¹

Reglenes betydning kan påvirkes av hvor de står og hvordan de presenteres. Vier man et regelsett et eget kapittel eller en egen lov, som i Danmark og Finland, får de også en annen v ær enn om de samme regler var inntatt i noen ledd i en bestemmelse som i Norge. Angis reglene i forbindelse med andre regler med det samme anvendelsesområde, som i Sverige, gis et inntrykk av at det kun er tale om ytterligere bestemmelser i relasjon til det respektive området.

De prosessuelle regler i tvisteloven har tradisjonelt vært forbeholdt å gjelde generelt for alle sivile rettsområder. Å trekke inn spesialfelt i en generell lov, bør av den grunn ha gode grunner for seg. Hva blir det igjen av tvisteloven hvis regler på andre rettsområder skal innføres på samme måte som reglene om informasjonspålegg? I Danmark var det skepsis mot å innføre spesielle regler i en hittil generell lov, mens terskelen syntes å ha sunket etter innføringen av bevissikringsreglene.

3 Skillet mellom materielle og prosessuelle vilkår

Det knyttes både materielle og prosessuelle vilkår til bevissikring og informasjonspålegg da krav kan begjæres utenfor rettssak. De andre fremgangsmåtene for bevistilgang i tvisteloven, rådighetsstillelse av bevis etter kapittel 26 og bevisopptak etter kapittel 27, begjæres begge under saksforberedelsen. Det innebærer at saken allerede har vært gjennom en vurdering av de prosessuelle vilkårene ved behandlingen av stevningen.

Det blir derfor et spørsmål av lovgivningsteknisk karakter, hvordan de materielle vilkårene på den ene siden, og de prosessuelle vilkårene på den annen side er og bør struktureres i lovtekst-

⁶¹ Lovforslag nr. L 67 (2005-2006) s. 18-19.

ten. Fra et rettsanvendelsesperspektiv vil i alminnelighet en ryddig, pedagogisk fremstilling være å foretrekke.

I tvisteloven kapittel 28A er reglene fremstilt slik at §§ 28A-1 og 28A-2 inneholder de materielle vilkårene, mens § 28A-3 angir de prosessuelle. På samme måte er vilkårene i de svenske regler om informasjonspålegg atskilt; de materielle i henholdsvis opphovsrättslagen § 53c og § 53d, og de prosessuelle i § 53e. Direktivets regulering på sin side, er noe mer uhøvlet. I det vesentligste inneholder det kun materielle krav, dog slik at det innledningsvis i art. 8 nr. 1 fremkommer enkelte prosessuelle krav sammen med forholdsmessighetskravet som er materielt; ”Medlemsstaterne sikrer, at de kompetente retslige myndigheter i forbindelse med sager om krænkelser af en intellektuel ejendomsrettighed og som svar på en velbegrunnet og forholdsmæssig afpasset begæring fra rekvirenten, kan pålægge den krænkende part og/eller enhver anden person at give oplysninger om[...]”

I de danske regler om informasjonspålegg i retsplejeloven § 306 er vilkårene ordnet på en annen måte sammenliknet med de norske og svenske regler. Begjæringen kan kun fremsettes i forbindelse med en sak om inngrep i visse immaterielle rettigheter, og dermed blir saken i seg selv en prosessuell forutsetning for senere å vurdere de materielle vilkårene, se retsplejeloven § 306 stk. 1 første ledd. De materielle vilkår følger av § 306, mens ytterligere prosessuelle regler er angitt i § 307. Oppbygningen i § 306 likner mer på direktivets strukturering av kravene, i det direktivet i art. 8 nr. 1 snakker om ”i forbindelse med sager om krænkelser”, og som svar på en ”begæring”, som er prosessuelle krav, men som da etterfølges av en rekke materielle krav i de påfølgende bestemmelser. Ellers har ikke direktivet regulert andre prosessuelle spørsmål i artikkel 8.

I både de svenske og danske bevissikringsreglene er vilkårene strukturert ved at de er atskilt og behandlet i ulike bestemmelser. De materielle vilkår er inntatt i henholdsvis retsplejeloven § 653 og opphovsrättslagen § 56a, og de prosessuelle i retsplejeloven § 653a og opphovsrättslagen § 56b. Å skille vilkårene på denne måten skaper et mer ryddig preg, og det blir enklere å forholde seg til regelverket. Også TRIPS-avtalens artikkel 50 har et klart skille mellom de materielle og prosessuelle regler; nummer 2, 3 og 5 angir de materielle kravene, mens nummer 4, 6, 7 og 8 de prosessuelle.

De norske reglene om bevissikring er bygget opp på en annen måte; tvl. § 28-2, som består av én relativt lang setning, inneholder tre materielle vilkår, hvorav to av disse er alternative, samt ett prosessuelt vilkår. Det prosessuelle vilkår i § 28-2 er ment å innebære en henvisning til de alminnelige søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3, uten at dette fremgår av lovteksten. Videre finnes flere prosessuelle vilkår i tvl. § 28-3 første til tredje ledd.

En slik fremstilling av vilkårene er uheldig fra et rettsanvendelsesperspektiv. Det bidrar til å skape en rekke uklarheter rundt hva som egentlig menes og hvordan reglene skal praktiseres. Dette kunne man enkelt strukturert bedre, slik som i svensk og dansk rett.

Vilkårene for bevissikring uten forutgående varsel er angitt i § 28-3 fjerde ledd. Også her er materielle og prosessuelle regler angitt i ett ledd (bestående av fem setninger). I Sverige og Danmark er det materielle vilkår for slik bevissikring også angitt i forbindelse med de prosessuelle regler, men riktignok slik at vilkåret er viet egne ledd i bestemmelsene, se opphovsrättslagen § 56b tredje ledd og retsplejeloven § 653a stk. 2. De norske regler om bevissikring gir et inntrykk av at lovgiver ikke har gjort seg flid med struktureringen av kravene. De er ikke særlig pedagogisk fremstilt, og kan lett gi opphav til tolkningsproblemer. Særlig når man i samme ledd har både materielle og prosessuelle krav, kan det skape frustrasjon for en rettsanvender. Alle de skandinaviske landene har også samme rettslige utgangspunkt for innføringen av reglene, nemlig TRIPS-avtalen artikkel 50 nr. 2. Det materielle vilkår for bevissikring uten forutgående varsel er der behandlet i eget avsnitt. Dette er fulgt opp i Sverige og Danmark, mens man i Norge har valgt en annen lovgivningsteknisk strukturering av vilkårene.

4 Hvem kan begjæringen/kjennelsen rettes mot?

Ordlyden i tvl. § 28-2 er angitt så vidt at 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 den.⁶² Dersom rekvirenten på et tidlig stadium ikke vet nærmere hvem det er grunnlag for å reise krav mot, og eventuelt hva slags krav som må reises, kan han benytte bevissikringsreglene til å finne ut av dette da det ikke kreves positiv kunnskap om hvem som er mulig motpart

⁶² Prop. 81 L (2012-2013) s. 69.

i en eventuell senere tvist.⁶³ Dette medfører at også bevissikring hos en utenforstående tredjemann kan gjennomføres i norsk rett. Forutsetningen er kun at vedkommende er i besittelse av et bevis som ”kan få betydning i en tvist”, jf. tvl. § 28-2.

Til sammenlikning hjemler verken de svenske eller danske regler bevissikring hos tredjemenn – bevissikring kan kun foretas hos en mulig inngriper,⁶⁴ og rettighetshaver må vite hvem dette er.⁶⁵ Det fremgår av de svenske forarbeider at begrunnelsen for denne avgrensningen er at tiltaket griper inn i den private sfære på en slik måte at det ikke kan aksepteres at noen som ikke engang kan antas å ha gjort immaterialrettsinngrep, skal utsettes for sivilrettslig husran-saking. Selv om det var klart at det ville åpne for atskillige omgåelsesmuligheter, måtte integritetshensynet veie tyngst.⁶⁶ Denne omgåelsesmuligheten har de danske regler til en viss grad tatt hensyn til. Hvis det sannsynliggjøres at bevis skjules hos en medvirkende ”tredjemann”, for eksempel ved at piratkopierte produkter oppbevares hos denne vel vitende om at de er tenkt for videresalg, kan det også foretas bevissikring hos denne personen.⁶⁷ Utenom slike situasjoner er det imidlertid ikke mulig å foreta bevissikring hos andre enn inngriperen.

Igjen blir de overordnede hensyn som ligger bak innføringen av reglene styrende, her for hvem kjennelsen kan rettes mot. Hensynet til materielt riktige avgjørelser gjennom tidlig å få tilgang på bevis tilsier at bestemmelsen omfatter en vid personkrets. Integritetshensynet taler på sin side for en innsnevring av kretsen.

I Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2010 s. 774 *Max Manus* ble en internettleverandør pålagt å gi opplysninger om identiteten bak en IP-adresse. Rettighetshaveren hevdet eieren av IP-adressen hadde gjort inngrep i de opphavsrettsbeskyttede spillefilmer Max Manus og Kautokeinoopprøret ved ulovlig fildeling, og bevissikring ble her brukt som et middel til å avklare hvem som skulle saksøkes for inngrepet.

⁶³ Prop. 81 L (2012-2013) s. 70.

⁶⁴ Se retsplejeloven § 653 første ledd og opphovsrättslagen § 56a første ledd.

⁶⁵ Betænkning nr. 1385-2000 s. 51 og Prop. 1998/99:11 s. 57. Se nærmere i punkt 5 om hvilken sannsynlighet som kreves.

⁶⁶ Prop. 1998/99: 11 s. 57.

⁶⁷ Betænkning nr. 1385-2000 s. 15.

Etter de svenske eller danske regler ville bevissikring i et slikt tilfelle ikke latt seg gjennomføre. Her visste ikke rettighetshaveren hvem inngriperen var, og sikringen måtte gjennomføres hos en tredjemann.⁶⁸ At krav om bevissikring i norsk rett også kan rettes mot en eventuell motpart man ikke kjenner identiteten til, gjør reglene klart mer effektive sammenliknet med de svenske og danske. Og det var særlig denne ”mangelen” ved reglene som ble påpekt ved innføringen av informasjonspålegg i svensk og dansk rett.

Når det gjelder informasjonspålegg følger det av direktivets artikkel 8 nr.1 bokstav a til d hvem et pålegg kan rettes mot. I tvisteloven er dette regulert i § 28A-1 første ledd bokstav a til e, samt fjerde ledd. Alle de nordiske land valgte på dette punkt å holde seg tett opp mot direktivets ordlyd. Personkretsen som omfattes er kun med enkelte språklige nyanser den samme. Det var ønskelig fra departementets side at samme personkrets som angitt i direktivet, samt medvirkere og tilfeller der det foreligger straffbart forsøk på inngrep, skulle omfattes.⁶⁹ Direktivet er et minimumsdirektiv, noe som åpner for nasjonal strengere løsning, hvilket både Norge og Sverige har gjort gjennom å la medvirkere og forsøkshandlinger omfattes.⁷⁰

Informasjon kan kreves både fra personer som selv har gjort inngrep eller medvirket til det, og fra personer som ikke har gjort inngrep, men som på nærmere bestemte måter har hatt befatning med varer eller tjenester som gjør inngrep.⁷¹ Personkategorien er vidt angitt, men den er spesifisert. I situasjoner hvor det er grunn til å tro at det har skjedd inngrep, men hvor det ikke er holdepunkter for hvem som har begått inngrepet, vil reglene om rett til informasjon kunne brukes til å klarlegge hvem den eller de ansvarlige er.⁷² For eksempel kan en transportør som har hatt varen i sin besittelse i forbindelse med transporten (jf. §28A-1(1) b), bli pålagt å gi

⁶⁸ Det er nå innført særskilte regler i åndsverkloven som skal styrke rettighetshavers mulighet til å håndheve sine rettigheter ved krenkelser på internett, se Lov om opphavsrett til åndsverk (åndverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2, kapittel 7a, jf. Prop. 65 L (2012-2013).

⁶⁹ Se § 28A-1(4), samt Prop. 81 L (2012-2013) s.75.

⁷⁰ Prop. 2008/09:67 s. 131 og 148 og Prop. 81 L (2012-2013) s. 75.

⁷¹ Se § 28A-1(1) bokstav b til e.

⁷² Prop. 81 L (2012-2013) s. 78.

informasjon om opprinnelsen og distribusjonsnettverket rundt den aktuelle varen. En ikke-uttømmende liste over opplysninger pålegget kan omfatte er videre angitt i annet ledd.⁷³

Rettighetshaver kan gjennom reglene om informasjonspålegg sirkle seg inn mot den rette inngriper, for eksempel gjennom bokstav e, der pålegget kan rette seg mot den som ”av inngriperen eller noen som nevnt i bokstav a til d” er utpekt som involvert i produksjon eller distribusjon av en vare eller tjeneste inngrepet gjelder. Det er heller ikke noe krav om at den som pålegges å gi informasjon kjente eller burde kjent til at tjenesten eller varen utgjorde inngrep, se bokstav c og d.⁷⁴

Prinsipielt tilfører ikke informasjonspåleggsbestemmelsene noe nytt til norsk rett i det en bevissikringskjennelse kan rette seg mot enhver som kan ha bevis av betydning, jf. over. I proposisjonen påpekes dog at kapittel 28 gir mulighet til å få tilgang til slike opplysninger, men at reglene ikke var utformet med sikte på ”rettighetshavers behov for å innhente opplysninger om opprinnelsen og distribusjonsnettverket til varer eller tjenester som gjør inngrep i en immateriell rettighet”, og dermed ikke går så langt som bestemmelsene i direktiv 2004/48/EF samt svensk og dansk rett.⁷⁵ Det er også klart at et informasjonspålegg er mindre inngripende enn bevissikring. Et krav om bevissikring rettet mot en av de i § 28A-1 første ledd bokstav a til e angitte personer, vil etter forholdene kunne nektes på grunnlag av forholdsmessighetsbetraktninger.⁷⁶ Kapittel 28A strekker seg slik i visse tilfeller lenger, og får dermed selvstendig betydning.

⁷³ Bokstav a) omfatter ”navn og adresse til produsenter, distributører, leverandører og andre som har hatt varene i sin besittelse, eller levert eller mottatt tjenestene,” bokstav b) ”navn og adresse til tiltenkte grossister og detaljhandlere, og” bokstav c) ”opplysninger om hvor mye som har blitt produsert, levert, mottatt eller bestilt, og om hvilken pris som er blitt betalt og oppnådd for varene eller tjenestene.”

⁷⁴ Prop. 81 L (2012-2013) s. 111.

⁷⁵ Prop. 81 L (2012-2013) s. 68.

⁷⁶ Se nedenfor i punkt 10 om dette.

5 Hva kan sikres?

Ved spørsmålet om hva man kan få sikret, vil det regelmessig forholde seg slik at jo klarere dette står angitt i lovens tekst, jo enklere er det for retten å ta stilling til hva begjærende part skal kunne få tilgang til.

Av tvl. § 28-1 fremgår; ”Ved bevissikring utenfor rettssak kan det foretas rettslig avhør av parter og vitner og gis tilgang til og foretas undersøkelse av realbevis.” Her er det valgt en lovgivningsteknikk som innebærer at bevissikringsbegrepet forklares ved å angi hvilke tiltak som kan gjennomføres. Det kan ”gis tilgang til og foretas undersøkelse av realbevis”. ”Realbevis” er nærmere definert i tvl. § 26-1 og omfatter ”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.”

Tatt i betraktning bevissikringsinstituttets inngripende karakter, er dette ingen klar og god hjemmel. Forarbeidene er sparsomme med å eksemplifisere nærmere hva som kan sikres. Samtidig er det kanskje heller ikke enkelt å angi dette nærmere da reglene kan gjelde enhver type tvist. Avgjørende blir om det som begjæres sikret kan ”få betydning i en tvist”, jf. tvl. § 28-2. For å få betydning i en tvist, må beviset være relevant. Men også dette er et skjønnsmessig vilkår som skaper usikkerhet med hensyn til hva som faller inn under bestemmelsen. Jo mer skjønnsmessig en regel er utformet, jo mer usikkerhet skapes (særlig når forarbeidene ikke spesifiserer nærmere). På den annen side vil en bestemmelse, som bestemt og uttømmende angir hva som skal omfattes, lett kunne utelate tilfeller hvis lovgivers intensjon var å inkludere.

I den danske retsplejeloven § 653 stk. 3 er det klarere spesifisert hva slags materiale en bevissikring kan omfatte. For det første omfattes ”alt materiale, som må antages at være af betydning med henblikk på at konstatere, om og i hvilket omfang krænkelser eller overtrædelser som nævnt i stk. 2 har fundet sted”, videre er det eksemplifisert hva dette typisk kan være; ”herunder genstande bestemt for salg, maskiner og andet produktionsudstyr, bogføringsmateriale, fakturaer, ordresedler, reklamemateriale og andre dokumenter, oplysninger på edb-anlæg, edb-programmer og elektroniske lagringsmidler.”

Til sammenlikning med de norske regler er det her gitt både en generell bestemmelse som omfatter ”alt” som kan antas å ha betydning, samtidig som det er eksemplifisert hva som typisk vil omfattes. Angivelsen henspiller seg på de mest praktisk tenkelige bevis, samtidig som regelen ikke stenger for å også la andre typer materiale omfattes.

I den svenske bestemmelsen i Upphovsrättslagen § 56a første ledd er kun angitt at ”föremål eller handlingar som kan antas ha betydelse för en utredning om intrånget eller överträdelsen” kan sikres. Med ”föremål eller handlingar” menes gjenstander eller dokumenter. Nærmere bestemt hva dette kan innebære rent praktisk, er ikke angitt i lovens tekst. Av forarbeidene fremgår imidlertid at med ”föremål” omfattes alle typer gjenstander. Eneste begrensning er at gjenstanden må ha betydning for utredningen av om inngrep har skjedd. ”Handlingar” omfatter dokumenter som berører den virksomhet rekvisitus driver. Som eksempler er nevnt avtaler, ordrebestillinger, fakturaer, regninger og lignende.⁷⁷

Som det fremgår av det ovennevnte er bevissikringsreglene nokså likt utformet på dette punktet – hva som kan sikres. Angivelsen av hva som kan sikres blir dog langt mer omfattende i norsk rett sett hen til reglenes vide anvendelsesområde.

Når det gjelder hva slags opplysninger et informasjonspålegg kan omfatte, er dette klargjort gjennom en ikke-uttømmende liste i tvistelovens § 28A-1 annet ledd bokstav a til c. Denne bestemmelsen likner den danske bevissikringsbestemmelsen ved at den først angir en vid kategori, for så å snevre inn til eksempler av hva som typisk omfattes.

6 Hva må spesifiseres?

Bevissikringsreglene i tvisteloven kapittel 28 angir ikke hvilke krav som stilles til spesifisering av bevisene som kreves sikret. Dette har sammenheng med at presisjonsnivået vedrørende hva man kan sikre i § 28-1 sammenholdt med § 28-2 er såpass lavt. På grunn av reglenes generelle ordlyd, må rekvirenten, sammenliknet med hva gjelder de svenske og danske regler, samt informasjonspåleggsbestemmelsene, i større grad selv spesifisere hva han vil ha sikret. Spesifikasjonskravet i norsk rett er utviklet i rettspraksis.

⁷⁷ Prop. 1998/99: 11 s. 53-54.

Kravet til spesifisering ble behandlet av Høyesterett i kjennelsen inntatt i Rt. 2006 s. 626 *Normarc*. Bevissikring hadde i første omgang blitt tillatt, men kjennelsen ble etter muntlige forhandlinger opphevet av tingretten da den ikke i tilstrekkelig grad spesifiserte det som skulle sikres.⁷⁸ Saken var i Høyesterett begrenset til spørsmålet om hvilke krav som stilles til spesifisering, og på hvilke tidspunkt kravene skal være oppfylt.

Retten skiller mellom to tidspunkter, henholdsvis begjæringstidspunktet og det senere tidspunkt når retten tar stilling til hva det skal gis innsyn i, det vil si ved den etterfølgende muntlige forhandling. Om det første tidspunkt uttales følgende:

”Etter min mening må både formålet med henholdsvis begjæring om bevissikring og begjæring om innsyn, og praktiske hensyn få betydning for hvor strengt spesifiseringskravet skal stilles. Begjæringen om bevissikring skal gi en mulighet for retten til å vurdere om bevis skal tillates sikret for å hindre at det blir slettet, gjemt bort eller liknende. Ikke minst for elektronisk lagrede data gjør praktiske forhold at det kan være vanskelig å komme langt i spesifisering. Skjer sikringen ved speilkopiering av data, mister heller ikke den saksøkte tilgangen til materialet. I tilfeller der det bevismessig er på det rene at det er foretatt ulovlig kopiering, bør da ikke kravet til spesifisering stilles så strengt at man blir avskåret fra å få vite hva som er ulovlig kopiert.”⁷⁹

Om tidspunktet etter sikringen uttales videre:

”Hva det etter den innledende sikringen, jf. § 271 a første ledd første og andre punktum, skal gis innsyn i, må bestemmes som ledd i den etterfølgende kontradiktoriske behandlingen. Her vil kravet til spesifisering i noen grad skjerpes, men likevel slik at momenter i den nærmere vurderingen blant annet vil være i hvilken grad spesifisering er mulig, og hvor nærliggende det er at det foreligger bevismateriale som det er grunn til å sikre. Jo mer nærliggende det er, jo større grunn vil det også være til å pålegge saksøkte plikter for å bidra til å klarlegge hva det skal gis innsyn i, for eksempel ved å angi hva som må unntas på grunn av taushetsplikt eller taushetsrett.”⁸⁰

⁷⁸ Sikringen omfattet ca. 285 millioner A4-sider tilsvarende omtrent 5000 filer.

⁷⁹ Se avsnitt 36.

⁸⁰ Se avsnitt 37.

Fra de siterte uttalelsene kan det utledes at kravene til spesifisering på tidspunktet for begjæringen ikke stilles særlig høyt, men at dette skjerpes i forbindelse med den etterfølgende muntlige forhandling. Men hvordan begjærende part vil være bedre skikket til å spesifisere på dette tidspunktet, er ikke godt å si, i det han ikke får tilgang til materialet før etter avgjørelsen er endelig, det vil si etter den muntlige forhandlingen. Dersom ordlyden i § 28-2 hadde inneholdt en klarere hjemmel om hva som kan sikres, er det ikke sikkert denne saken hadde endt i Høyesterett. Riktignok omhandler kjennelsen *omfanget* av hva som skal sikres, og at dette må spesifiseres, men det har likevel nær sammenheng med spørsmålet om hva som kan sikres.

Det er påpekt i NOU 2001:32 *Rett på sak* at tvl. § 26-6 gir ”et supplement” ved vurderingen av hvilke spesifikasjonskrav som gjelder for bevissikring.⁸¹ I praksis har det også vist seg at retten benytter denne regelen ved anvendelsen av spesifikasjonskravet i bevissikringssaker.⁸² Av bestemmelsens annet ledd fremgår at retten kan lempe på kravet til spesifisering.

I de svenske forarbeider til bevissikringsbestemmelsene fremgår om kravet til spesifisering at det bør være tilstrekkelig å angi dokumenter på et vis som *funksjonelt beskriver dem*, for at domstolen skal kunne bedømme om beviset ”kan antas ha betydelse för en utredning om in-trånget eller överträdelser” (jf. siste del av første ledd i upphovsrättslagen §56a).⁸³ Det erkjennes at det kan være vanskelig for rettighetshaveren å vite hvor eventuelle bevis kan skjule seg, og slik angi presist hva som ønskes sikret.

En ”funksjonell beskrivelse” av hva det ønskes tilgang til (som påpekt i de svenske forarbeider) kan være retningsgivende også for norsk rett.

7 Tidspunktet for begjæringen

I både norsk og svensk rett kan informasjonspålegg begjæres i forbindelse med et inngreps-søksmål, eller uavhengig av slikt søksmål.⁸⁴ Det ble fremholdt i de norske forarbeider at å

⁸¹ NOU 2001: 32 s. 990.

⁸² Se LE-2012-77346

⁸³ Prop. 1998/99:11 s. 86.

⁸⁴ Se tvl.§ 28A-3(1), og Proposition 2008/09:67 s. 149.

begrense adgangen til kun å gjelde i forbindelse med et søksmål, ville gjøre virkemiddelet mindre egnet i tilfeller inngriperers identitet var ukjent.⁸⁵ Videre ble det poengtert at det heller ikke alltid er formålstjenlig for rettighetshaver å reise søksmål mot en (kanskje ubetydelig) inngriper, men heller ønskelig å fremskaffe mer informasjon om varens opprinnelse og distribusjonsnettverk for å avdekke eventuelle andre og mer omfattende inngrep og hvem som står bak disse.⁸⁶ Fremmes begjæringen uavhengig av et inngrepssøksmål, utgjør dette en egen sak på samme måte som en sak om bevissikring etter kapittel 28.⁸⁷ Dersom begjæringen om informasjon fremmes under hovedforhandlingen blir den en del av saken på samme måte som når det oppstår spørsmål om bevis eller andre prosessuelle spørsmål.⁸⁸ Begjæringen kan da av forholdsmessighets- og effektivitetshensyn kun rette seg mot motparten eller et vitne, jf. tvl. § 28A-3(4) annet punktum. Slik vil man ved igangsetting av en rettssak på mange måter ”lukke døren” for informasjonspålegg rettet mot andre.

Bevissikring er derimot ikke mulig å gjennomføre i forbindelse med en rettssak i norsk rett. Reglene gjelder kun utenfor rettssak. Ved å innlede rettslige skritt er dermed ”døren låst” for ytterligere bevissikring. Det argumenteres som nevnt over i forarbeidene for en generell regel om bevissikring fordi man skal oppnå materielt riktige avgjørelser.⁸⁹ Det blir da ulogisk å hindre rekvirenten i å få tilgang til ytterligere bevis etter at stevningen er innsendt, når målet er å oppnå materielt riktige avgjørelser. Hensynet til en effektiv saksavvikling tilsier imidlertid at begjæring ikke kan tillates uten begrensninger. Men det burde ikke være noe i veien for å åpne muligheten for en skjønnsmessig vurdering av om sikringen blir for omfattende på tidspunktet for begjæringens innsendelse eller liknende. Det hadde i større grad vært i overensstemmelse med det uttalte formål. Til sammenlikning vil det etter de norske regler om informasjonspålegg være et moment i forholdsmessighetsvurderingen av om begjæringen skal gis medhold om den fremsettes før eller etter at sak er reist. Under en sak taler det regelmessig mot at begjæringen tillates. Noe slik kunne man også tenke seg for bevissikringsreglene.

⁸⁵ Prop. 81 L (2012-2013) s. 78.

⁸⁶ Prop. 81 L (2012-2013) s. 78.

⁸⁷ Prop. 81 L (2012-2013) s. 114.

⁸⁸ Prop. 81 L (2012-2013) s. 114.

⁸⁹ NOU 2001:32 s. 465.

I Danmark kan begjæring om informasjonspålegg kun fremsettes i forbindelse med en verserende sak om inngrep.⁹⁰ Et eksempel på en praktisk situasjon er der rettighetshaver i forbindelse med en rettssak mot en detaljhandler begjærer pålegg om å opplyse om leddene lenger bakover i omsetningskjeden. Kanskje viser det seg at rettighetshaver har et (enda større) krav mot noen av disse. Men hvorvidt andre enn den opprinnelige saksøkte kan trekkes inn i den verserende sak, avhenger igjen av retsplejelovens alminnelige regler.⁹¹ Retten kan ikke avvise å imøtekomme begjæringen alene under henvisning til at opplysningene ikke har betydning for saken. Men vil det medføre at den verserende saken i urimelig omfang ”trækkes i langdrag” (dvs. forsinkes), kan anmodningen etter omstendighetene nektes etter en proporsjonalitetsavveining.⁹²

De norske og svenske regler om informasjonspålegg gir, gjennom å ikke stille krav til aktuelt søksmål, større spillerom for rettighetshaveren. Han blir ikke tvunget til å reise søksmål for slik sett å fremskaffe informasjon om andre i omsetningskjeden (særlig der inngriperes identitet er ukjent). Det gir en prosessøkonomisk mer heldig løsning, og et mer fleksibelt verktøy ettersom hvor man er i prosessen om å finne rette inngriper.

Både effektivitetsmessig for rettighetshaver og prosessøkonomisk generelt, er den danske løsningen mindre heldig. Poenget med informasjonspålegg vil jo ofte være å avsløre de inngripere som ligger lenger bakover i omsetningskjeden, og som ikke er enkle å avsløre på egen hånd. Med den danske ordningen kan en bli nødt til å gå veien om en rettssak (kanskje i første omgang) mot andre enn de man helst skulle ha saksøkt i utgangspunktet. Informasjonspålegg rettet mot andre forutsetter at de kan trekkes inn i den verserende saken.

De danske forarbeider mangler en begrunnelse for sin løsning. Det var imidlertid noe tvilsomt om det var tilstrekkelig for oppfyllelse av minimumskravene i direktivet kun å hjemle begjæring i forbindelse med et søksmål.⁹³ I nordisk sammenheng ble også reglene innført tidligst i Danmark (i 2006 – til sammenlikning i 2009 i Sverige og 2013 i Norge), og denne usikkerhe-

⁹⁰ Se retsplejeloven § 306 første setning.

⁹¹ Lovforslag nr. L 67 (2005-2006) s. 20.

⁹² Lovforslag nr. L 67 (2005-2006) s. 23.

⁹³ Se Prop. 81 L (2012-2013) s. 71 og Proposition 2008/09:67 s. 146.

ten med hensyn til riktig oppfyllelse av direktivets krav blir ikke problematisert i de danske forarbeider, kun i de svenske og norske. Kanskje de danske lovgivere gikk ut i fra at direktivet krevde at informasjonspålegg bare kan fremsettes i forbindelse med en sak.

8 Den praktiske gjennomføringen

Det er ikke gitt særskilte saksbehandlingsregler for gjennomføringen av bevissikring i norsk rett. Spesielle spørsmål kan oppstå når bevis skal sikres uten varsel til motparten, men verken loven eller forarbeidene gir noen nærmere anvisning på den praktiske iverksettelse og gjennomføring av en beslutning om slik bevissikring.⁹⁴ I stedet er reglene om tilgang til realbevis og bevisopptak i rettssak gitt tilsvarende anvendelse – så langt de passer.⁹⁵ Det ble ansett i forarbeidene som ”ikke påkrevd å gi egne regler om hvordan bevissikring eller bevis tilgang skal gjennomføres.”, da kapitlene om bevisopptak og realbevis ga de nødvendige regler om dette.⁹⁶

Det var etter lovgivers mening kurant å la regler tuftet på andre situasjoner gis anvendelse på den særegne omstendighet bevissikring er. Dette medfører en situasjon der uanmeldt tvangsmessig husransaking og beslag på grunnlag av begjæring fra privat part er hjemlet i norsk rett uten nærmere saksbehandlingsregler beregnet på slike situasjoner.

Uavhengig av dette må det fremgå av rettens kjennelse hvorledes den nærmere gjennomføringen av sikringen skal foregå og av hvem sikringen skal iverksettes. Praksis har vist at retten til stadighet har funnet det vanskelig å regulere dette på grunn av fraværet av veiledning i lovens tekst og forarbeider.⁹⁷

⁹⁴ Schei m.fl. (2013) s. 990.

⁹⁵ Jf. tvl. § 28-4 *Gjennomføringen av bevissikring*.

⁹⁶ NOU 2001: 32 s. 990.

⁹⁷ Se særlig RG 2007-736 *Tom og Jerry*.

Fraværet av saksbehandlingsregler skaper en usikkerhet for domstolen med hensyn til hvem som skal få instruks om å gjennomføre sikring⁹⁸ og hvordan den skal instrueres gjennomført blant annet med hensyn til hvilke virkemidler som kan benyttes for å få tilgang til bevisene. Det er i tillegg et faktum i norsk rett at tilgangen til tingrettsavgjørelser er svært begrenset. Har man ikke kunnskap om hvem en eller flere av partene i saken var, blir det problematisk for en dommer å trekke veksler på hvordan en sikring er besluttet gjennomført i andre bevis-sikringsaker.⁹⁹

Det påpekes følgende i en upublisert kjennelse fra Asker og Bærum tingrett avsagt i 2008; ”Publisert rettspraksis til bestemmelsen er sparsom, og lovens forarbeider omtaler i liten grad den praktiske gjennomføringen av bevissikring.”¹⁰⁰ At få saker publiseres, taler for å regulere den praktiske gjennomføringen i lovens ord, all den tid de fleste slike saker ender i tingretten for endelig avgjørelse der.

I tingrettsavgjørelsen RG 2007-736 *Tom og Jerry* uttrykker dommeren fortvilelse over den lovgivningstekniske løsningen som er valgt ved at det unnlates å ta stilling til de særegne praktiske og prinsipielle problemer som oppstår i en bevissikrings situasjon. Retten fant det vanskelig blant annet å ta stilling til hvilke virkemidler som kunne brukes for å få tilgang til den lokalitet beviset ble formodet å være;

”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 svært nær det som kalles ransaking i straffeprosessen. Det ses ikke berørt hvilke virkemidler som står til disposisjon for å få tilgang til den lokalitet hvor bevismiddelet formodes å være. Retten vil derfor bemerke at den legger til grunn at det ikke er hjemmel for å bryte seg inn i et lokale. Man må komme uanmeldt og be om å få komme inn. For å sikre at slik tillatelse blir gitt, tilsier bestemmelsens formål at retten i

⁹⁸ Det følger imidlertid forutsetningsvis av Rt. 2006 s. 626 at retten kan få bistand fra namsfogden til gjennomføringen. At namsfogden gjennomfører sikringen er fulgt opp i de senere saker, se eksempelvis LE-2012-77346, men dette følger ikke av lovens ord eller forarbeider.

⁹⁹ Den rettskildemessige vekten av slike avgjørelser er imidlertid et annet spørsmål. Her siktes det til kjennelser som kan illustrere hvordan sikringen er gjennomført i tidligere (og kanskje lignende) saker, for en dommer som ikke har særskilte saksbehandlingsregler for gjennomføringen for hånden.

¹⁰⁰ 08-095049TVI-AHER/1.

slutningen må kunne pålegge motparten å gi tilgang til de(t) aktuelle lokale(r). Dette vil derfor retten gjøre.”¹⁰¹

Bevis som er lagret digitalt er regelens typiske anvendelsesområde.¹⁰² Materialet er flyktig, og kan enkelt slettes eller manipuleres. Om bevis lagret på digitalt medium sies følgende i den samme kjennelsen;

”Kanskje mer problematisk i praksis er hvorledes gjennomføringen skal skje i et samfunn hvor svært mye av det som i sivile saker vil være relevante bevismidler, befinner seg lagret i elektronisk form [...] Om de problemer den elektroniske verden reiser i forhold til tvistemålsloven § 271a, er det vanskelig å finne noen veiledning i lovforarbeidene.”¹⁰³

Selv om man nå kan legge til grunn at det har utviklet seg en praksis der gjennomføringen foretas av namsmannen, vil spørsmålet om namsfogden gjennomfører sikringen betryggende, verken la seg kontrollere eller etterprøves. Den nærmere gjennomføringsmåten blir nå i stor grad lagt i hendene på namsfogdene i de ulike rettskretser i landet. Dette kan reise prinsipielle rettssikkerhetsspørsmål. Hvem ivaretar rekvisitus’ rettigheter?

Både de svenske og danske regler har mer utførlig regulert den praktiske gjennomføringen av bevissikringen. Den danske bestemmelsen om dette er angitt i retsplejeloven § 653 b. Den praktiske gjennomføringen kan bestå av at fogedretten (som tilsvarende den norske namsfogden) beslaglegger gjenstander eller dokumenter, samt tar fotografier, film- og lydopptak, kopier av dokumenter og annen informasjon lagret på digitalt medium (”edb-anlæg eller -programmer) mv. Retten blir da i bedre stand til å regulere i kjennelsen hvordan gjennomføringen skal skje, da dette er regulert i § 653 b. I de svenske regler er det uttrykkelig regulert hva rettens beslutning skal inneholde av opplysninger om hvordan sikringen skal avholdes.¹⁰⁴ Samtidig er det i upphovsrättslagen §56 f gitt hjemmel om hvilke tiltak Kronofogdemyndigheten kan og ikke gjennomføre; film- og lydopptak, samt ta kopier og gjøre utdrag av dokumenter som angitt i

¹⁰¹ Se kjennelsens side 739.

¹⁰² Fremkommer av praksis.

¹⁰³ De aktuelle forarbeider dommeren i denne kjennelsen viser til er Ot.prp. nr. 33 (2003-2004), Innst.O. nr. 66 (2003-2004), Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) og NOU 2001:32 Rett på sak.

¹⁰⁴ Se Upphovsrättslagen § 56d.

kjennelsen er tillatt. Det er også presisert i de svenske forarbeider at Kronofogden ikke har hjemmel til å beslaglegge verken gjenstander eller dokumenter, slik som i Danmark.¹⁰⁵ En gjennomføring av bevissikring omfatter således ikke beslag.

Sammenfatningsvis er retten i Sverige og Danmark bedre i stand til å avsi en kjennelse om bevissikring. Hva som kan sikres, hvem som utfører sikringen og hva det ved selve gjennomføringen gis hjemmel til å gjøre av den aktuelle ”sikringsmyndigheten”, er regulert i lovens ordlyd. Som vist over fører den norske lovgivningsteknikken til at det for retten gjør seg gjeldende flere praktiske problemstillinger. Dersom det hadde vært regulert eller uttalt noe om i forarbeidene, kunne dette vært unngått.

Når det gjelder reglene om informasjonspålegg, er situasjonen en annen i norsk rett. § 28A-1 angir i bestemmelsens annet ledd en ikke-uttømmende liste over hva slags type informasjon det kan kreves pålegg om å gi. Videre reguleres behandlingen av en begjæring om informasjonspålegg i tvl. § 28A-3. Når det kommer til rettens kjennelse, er det nærmere regulert i § 28A-4 tredje ledd hvordan pålegget skal etterkommes av den det retter seg mot. Retten slipper da å måtte ta stilling til dette på skjønnsmessig grunnlag. Det fremgår av forarbeidene at retten må holde seg til de alternativene som følger av annet og fjerde punktum, men at de kan kombineres.¹⁰⁶ Alternativene er at den pålegget retter seg mot avgir forklaring i retten, gir tilgang på realbevis (i praksis dokumenter), eller at det utarbeides en særskilt skriftlig erklæring i stedet for at det avgis forklaring.

Tvistelovens kapittel 28A er som nevnt i vesentlig grad knyttet opp mot ordlyden i direktivets artikkel 8. Dette gjelder hvem pålegget kan rettes mot og hva opplysningene omfatter, men den praktiske gjennomføringen er ikke regulert i artikkel 8, som medfører at gjennomføringen er forskjellig regulert i de nordiske land. I retsplejeloven § 307 stk 2. fremgår at ”Retten bestemmer, hvordan pålegget skal etterkommes.” I den svenske opphovsrättslagen er ikke gjennomføringen regulert særskilt. Det fremgår av § 53 e annet og tredje ledd at andre prosessuelle regler gis anvendelse for tilfelle pålegg begjæres i og utenfor rettssak. Slik likner disse reg-

¹⁰⁵ Betænkning nr. 1385-2000 s. 40.

¹⁰⁶ Prop. 81 L (2012-2013) s. 116.

lene mer på de norske regler om gjennomføringen av bevissikring der andre regler er gitt tilsvarende anvendelse så langt de passer, se tvl. § 28-4.

Det er enklere for retten å forholde seg til hvordan et pålegg skal etterkommes sammenliknet med reguleringen av den praktiske gjennomføringen av det mer omfattende tiltak en bevissikring er der gjennomføringen ikke er presisert i lovens tekst eller forarbeider. Et pålegg innebærer at en person pålegges å gi opplysninger. Disse kan legges frem enten muntlig eller skriftlig. Bevissikring kan derimot omfatte vidt forskjellige situasjoner. I tillegg omfattes enhver type tvist i norsk rett. Reglene hjemler tiltak som etter norsk rett primært er forbeholdt politiet, og i enkelte tilfelle namsmannen i medhold av tvangsfullbyrdelsesloven å gjennomføre, og da stilles vanligvis strenge krav til hjemmelens klarhet. Likevel er reguleringen av den praktiske gjennomføringen forbeholdt reglene om informasjonspålegg i norsk rett.

9 Beviskravet

9.1 Innledning

Bevissikringsreglenes ulike anvendelsesområder i de nordiske land gjør også beviskravene forskjellige. Når anvendelsesområdet er begrenset til å gjelde immaterialrettsinngrep, blir det et spørsmål om graden av sannsynlighet for at inngrep har skjedd. De norske regler kan gjelde enhver type tvist, noe som er en mulig årsak til at kravet til sannsynliggjøring er mindre håndgripelig.

Informasjonspåleggsbestemmelsene er derimot mer ensartede, og det samme gjelder beviskravet. Det kan her knyttes opp mot en bestemt begivenhet, nemlig en immateriell krenkelse, og spørsmålet er da i hvilken grad et slikt inngrep må sannsynliggjøres.

9.2 Bevissikring

Etter opphovsråttslagen § 56a første ledd, første punktum kan bevissikring gjennomføres dersom det ”skäligen kan antas att någon har gjort eller medverkat till ett intrång.” I norsk oversettelse innebærer dette et krav om at det med rimelighet kan antas at inngrep har skjedd i en beskyttet rettighet.

I svensk rett opereres det med tre sannsynlighetsgrader i saker om sikkerhetstiltak, midlertidige avgjørelser og andre prosessuelle beslutninger. Lavest grad av sannsynlighet er at ”det finns anledning att anta”, som tilsvarer en mulighet for å kunne anta noe. Det noe høyere krav er at det ”skäligen kan antas”, det vil si med rimelighet kan antas. Det tredje og strengeste beviskravet er når det kreves ”sannolika skäl” for noe, som på norsk tilsvarer et krav om skjellig grunn, dvs. sannsynlighetsovervekt.¹⁰⁷

De svenske lovkonsipistene fant at et krav om sannsynlighetsovervekt (”sannolika skäl”) ville være et for strengt beviskrav å stille med henblikk på en bevissikringssituasjon. Begrunnelsen var blant annet at en inntrångsundersøkning skal kunne tjene som et første steg i en kjede av rettslige skritt ved søksmål om immaterialrettsinngrep. Et beviskrav som ikke settes for høyt, muliggjør sikring av bevis som senere kan brukes for eksempel til å begjære sikkerhetsstillelse (säkerhetsåtgärder) og forføyning (vitesförbud).¹⁰⁸ Det er tilstrekkelig at det objektivt sett foreligger krenkelse for at begjæringen skal kunne meddeles. Saksøker må med andre ord ikke godtgjøre erstatningsbetingende handling eller liknende.¹⁰⁹

I dansk rett følger det av retspleieloven § 653 at bevissikring skal kunne tillates dersom ”det sandsynliggøres, at rekvisitus har begået eller vil begå en sådan krænkelser, og det er grund til at antage, at bevis for krænkelser eller overtrædelser og dennes omfang kan findes i de lokaler, der ønskes undersøgt.”, jf. første ledd. Lovgiver fant at samme sannsynlighetskrav som gjaldt fagedforbud også skulle gjelde ved bevissikring, dvs. et krav om sannsynlighetsovervekt.¹¹⁰ Det ble i forarbeidene understreket at en bevissikringsundersøkelse innebærer et inngrep i privatlivets fred, og at det av den grunn må foreligge ”en væsentligt underbygget formodning for, at krænkelser eller overtrædelser har fundet sted, før der kan træffes beslutning om bevissikringsundersøgelse.” I dette henseende ble det svenske beviskravet ansett å være for lavt.¹¹¹ Skal rekvisenten oppfylle sin bevisbyrde, må han sannsynliggjøre at han er rette eier av de aktuelle rettighetene, og at rekvisitus har handlet rettsstridig. Han må med andre ord sannsynliggjøre et hovedkrav som vilkår for bevissikring. Det danske lovutvalget angir klare

¹⁰⁷ Prop. 1998/99:11 s. 63.

¹⁰⁸ Prop. 1998/99:11 s. 63.

¹⁰⁹ Prop. 1998/99:11 s. 85.

¹¹⁰ Betænkning nr. 1385/2000 s. 65.

¹¹¹ Betænkning nr. 1385/2000 s. 65.

retningslinjer for hvordan kravet til sannsynlighet skal praktiseres, og at det knytter seg både til faktiske og rettslige forhold.¹¹²

De norske reglens generelle ordlyd vedrørende vilkårene for bevissikring i tvl. § 28-2 medfører at flere viktige spørsmål forblir ubesvart. Ikke engang er det sikkert om vi kan snakke om et egentlig beviskrav. Etter tvl. § 28-2 kan bevissikring begjæres når ”beviset kan få betydning i en tvist hvor den som setter fram 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 det av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist”. Vilårene knytter seg altså ikke til en bestemt begivenhet. Ordlyden måtte formuleres på en måte som skulle passe i ulike situasjoner.

Uttrykket ”beviset kan få betydning i en tvist hvor den som setter fram begjæringen vil kunne bli part eller partshjelper” reiser spørsmål om hva rekvirenten egentlig må godtgjøre overfor retten, og videre hvilke beviskrav som da gjelder. Som et utgangspunkt er det klart at retten ved en begjæring om bevissikring ikke foretar en prejudisiell prøving av om et eventuelt senere søksmål vil føre frem.

Ett spørsmål er om rekvirenten må vise til et hovedkrav, som et materielt vilkår for bevissikring. Altså om hovedkravet må sannsynliggjøres, og i så fall, hvilket beviskrav som da gjelder. Videre er det et spørsmål om partsbegrepet (”vil kunne bli part eller partshjelper”) stiller noen prosessuelle vilkår retten må ta stilling til før bevissikring tillates, og eventuelt hva disse er.

Spørsmålet om sannsynliggjøring av et hovedkrav er blitt drøftet i juridisk teori. Robberstad hevder det ikke er grunnlag for å oppstille et slikt vilkår; rekvirenten vil ofte hevde å ha et krav, men dette kravet må ikke sannsynliggjøres for at bevissikring skal tillates.¹¹³ Av den grunn stilles intet vilkår om hovedkrav og sannsynliggjøring av det. I praksis vil rekvirenten måtte vise til et mulig krav, jf. ”betydning i en tvist”, men det opereres ikke med noe terskel

¹¹² Betænkning nr.1385/2000 s. 66.

¹¹³ Robberstad (2013) s. 173.

for hvilken grad av sannsynlighet som kreves. Dette kan bidra til øke faren for misbruk av rettsinstituttet der bevissikring begjæres med uredelige eller grunnløse motiver.

I en artikkel publisert i Tidsskrift for Forretningsjus av Sveaas og Aarendt argumenteres det for at det bør innfortolkes et krav om sannsynliggjøring av et hovedkrav på bevissikringsstadiet, men at beviskravet ikke nødvendigvis behøver å være sannsynlighetsovervekt.¹¹⁴ Som begrunnelse for sitt standpunkt vises det blant annet til at det både i svensk og dansk rett, samt TRIPS-avtalens artikkel 50 nr. 3 stilles et slikt krav, dog med forskjellige beviskrav, som beskrevet ovenfor. I tillegg vises det til norsk underrettspraksis som underbygger dette.¹¹⁵

Det er med andre ord klart at det stilles et krav om sannsynliggjøring av et hovedkrav etter svensk og dansk rett, samt TRIPS-avtalen. TRIPS-avtalens krav lyder slik i art. 50 nr. 3; ”Rettsmyndighetene skal kunne kreve at saksøkeren legger frem alt av bevis som med rimelighet er tilgjengelig, slik at de med tilstrekkelig sikkerhet kan fastslå at saksøkeren er rettighetshaver og at vedkommendes rettighet blir eller umiddelbart vil bli krenket”. På grunn av den generelle og vage ordlyden i tvl. § 28-2, blir det i stedet satt spørsmålsteget i den juridiske litteratur om hva kravet egentlig innebærer i norsk rett.

Det fremgår klart av forarbeidene at § 28-2 ikke er ment å referere til et materielt krav om sannsynliggjøring av et hovedkrav, men at ordlyden skal forstås som et alminnelig krav om rettslig interesse.¹¹⁶ Bevisopptaket må med andre ord gjelde forhold som er av rettslig betydning. Men kravet om rettslig interesse er mer sammensatt, noe som igjen reiser ytterligere spørsmål.

”Rettslig interesse” er et begrep man ved vedtakelsen av ny tvistelov i 2008 gikk bort fra å anvende i lovens tekst. I stedet ble tvl. § 1-3 innført som presiserte hvorledes ”rettslig interesse” var tolket i praksis. Bestemmelsen skulle langt på vei ha samme innhold som det tidligere

¹¹⁴ TFF 2010-1 *Bevissikring utenfor rettsak – må hovedkravet sannsynliggjøres?*

¹¹⁵ RG 1950 s. 557 *Heidal Ysteri*, TOSLO-2004 42431 *Normarc* og RG-2007-736 *Tom og Jerry*.

¹¹⁶ NOU 2001: 32 s. 988, se også Schei mfl. (2013) s. 981.

begrep i tvml. § 54, og innebar ingen realitetsforandring.¹¹⁷ Likevel kan det skape forvirring å henvise til dette kravet for bevissikringsreglene.

Man kan spørre seg om forarbeidenes henvisning til ”rettslig interesse” innebærer at de prosessforutsetninger oppstilt i tvl. § 1-3 adopteres som prosessuelle vilkår for begjæring om bevissikring utenfor rettssak.

Et annet spørsmål ordlyden og lovens forarbeider lar stå ubesvart, er om sikringsgrunnen på noen måte må sannsynliggjøres, og i så fall hvilke krav som gjelder. Sikringsgrunnen er angitt i § 28-2; ”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”. Forarbeidene er tause om hva som kreves, og spørsmålet forblir ubesvart. Samtidig er det alminnelige beviskrav i norsk rett sannsynlighetsovervekt, slik at det antakelig også gjelder for sikringsgrunnen for bevissikring.

Om sikringsgrunnen i TRIPS-avtalen, står det i artikkel 50 nr. 2; ”særlig når det er sannsynlig at en forsinkelse kan påføre rettighetshaveren uopprettelig skade eller når det er en påviselig risiko for at bevismaterialet ødelegges.”. Kravene er med andre ord ”sannsynlig” og ”påviselig”. Dette er klarere begreper sammenliknet med det norske ”nærliggende risiko” og det svenske ”skulle medföra risk”. I den danske § 653 s stk. 2 er kravet at det må ”antages at medføre risiko”. Dette innebærer kanskje et lavere krav til sikringsgrunn. Uansett er kravene vage sammenliknet med TRIPS-avtalen. Å vise til sannsynlighetsovervekt for at det foreligger en nærliggende risiko, er en skjønnsmessig øvelse.

9.3 Informasjonspålegg

Direktiv 2004/85 er et minimumsdirektiv. Dette innebærer blant annet at medlemslandene kan velge dels om kravet om informasjonspålegg skal kunne stilles i eller uavhengig av en pågående sak, og for det andre hvilket beviskrav som skal anvendes.¹¹⁸

¹¹⁷ NOU 2001: 32 s. 652.

¹¹⁸ Se Prop. 2008/09: 67 s. 146.

Beviskravet for begjæring om informasjonspålegg er inntatt i tvl. § 28A-1 første ledd første punktum: ”Når det er rimelig grunn til å tro at det er gjort inngrep i en immaterialrettighet”. Hva som menes med ”rimelig grunn til å tro” er forklart i forarbeidene; det må foreligge noenlunde konkrete og håndfaste holdepunkter for at det har skjedd et inngrep. En fjern mulighet er ikke tilstrekkelig, samtidig som det ikke kreves overvekt av sannsynlighet.¹¹⁹ Det er videre tilstrekkelig at det er tale om inngrep i objektiv forstand. Heller ikke stilles krav om kunnskap om hvem inngriperen er, da poenget med å begjære informasjon ofte nettopp vil være å avklare hvem som står bak inngrepet.¹²⁰

Tvl. § 28A-2 første ledd stiller, foruten kravet til forholdsmessighet, et vilkår om at opplysningene pålegget skal omfatte ”kan ha betydning for håndhevingen av en rettighet som nevnt i § 28A-1”. Dette innebærer at opplysningene må være egnet til å avklare om det foreligger inngrep, hvem den ansvarlige er, eller omfanget av et inngrep. Et informasjonspålegg kan ikke besluttes hvis begjæringen gjelder opplysninger som ikke er egnet til å avklare slike forhold.¹²¹

For at informasjonspålegg etter svensk rett skal kunne meddeles, kreves at saksøker viser ”sannolika skäl” dels for at inngrep (objektivt sett) har skjedd, og dels for at saksøkte tilhører personkretsen pålegget kan rettes mot, se upphovsrättslagen § 53c første ledd.¹²² Dette tilsvarende sannsynlighetsovervekt. Det stilles med andre ord et høyere beviskrav for informasjonspålegg sammenliknet med hva som stilles for bevissikring etter de svenske regler. Videre er det norske beviskrav for informasjonspålegg lavere sammenliknet med det svenske.

Som begrunnelse for at beviskravet ble satt høyere ved informasjonspålegg sammenliknet med bevissikring i svensk rett, ble det påpekt at direktivets artikkel 8 først og fremst er ment å legge til rette for identifisering av en ukjent inngriper. Når identifisering har skjedd, kan det kreves ytterligere tiltak, for eksempel bevissikring, før søksmål reises.¹²³ Dersom et lavere

¹¹⁹ Prop. 81 L (2012-2013) s. 110-111. Kravet er for øvrig til forveksling likt det svenske beviskravet ved bevissikring.

¹²⁰ Prop. 81 L (2012-2013) s. 111.

¹²¹ Prop. 81 L (2012-2013) s. 112.

¹²² Prop. 2008/09: 67 s. 143.

¹²³ Prop. 2008/09: 67 s. 146-147.

beviskrav skulle gjelde tidlig i en slik prosess, ville det innebære en større fare for å avsløre forretningshemmeligheter, tiltross for at intet ulovlig hadde skjedd (jf. at inngrep i objektiv forstand er tilstrekkelig). Et normalt beviskrav ble derfor ansett mer hensiktsmessig.¹²⁴

Man så altså for seg at informasjonspålegg kunne benyttes som et første skritt i en rettslig forfølgning. ”Inngangsbilletten” ble da gitt et høyere beviskrav. Oppfyller man først dette sannsynlighetskravet, blir det enklere å viderefølge kravet ved hjelp av andre rettsmidler. Slik sett er forholdet mellom de to virkemidlene bevissikring og informasjonspålegg snudd opp ned i dansk rett:

I Danmark kan informasjonspålegg kun begjæres i forbindelse med en verserende sak om inngrep. Her opereres det ikke med et beviskrav i egentlig forstand; retsplejeloven § 306 viser i første ledd til bestemmelsen om bevissikring; ”I forbindelse med en sag om en krænkelse eller overtrædelse som nævnt i § 653, stk. 2, kan retten efter anmodning af en part [...] pålægge en modpart eller tredjemand at give oplysninger”. Reglene om informasjonspålegg finner i følge forarbeidene anvendelse i de sakstyper som er omfattet av retsplejelovens kapittel 57a om bevissikring ved immaterialrettskrenkelser mv.¹²⁵ Det betyr ved inngrep i de i § 653 stk. 2 opplistede immaterielle rettigheter.

I motsetning til de svenske regler, der informasjonspålegg er ment som et innledende skritt på veien mot et mulig søksmål om inngrep, er informasjonspåleggsbestemmelsene i dansk rett ment som et hjelpemiddel til å få opplyst den pågående sak ved å pålegge motparten eller tredjemann å gi slike opplysninger direktivet foreskriver. Denne sammenhengen mellom bevissikring og informasjonspålegg følger ikke like klart av de norske regler. Riktignok vil en rettighetshaver til en immateriell rettighet kunne benytte reglene i forbindelse med en rettslig forfølgning av inngrep, typisk ved at han først begjærer informasjonspålegg, og så, som et resultat av hva som da fremkom, begjærer bevissikring hos den mistenkte inngriper. Men linken mellom de to regelsett er ikke like åpenbar i norsk rett som i svensk og dansk rett, da reglenes anvendelsesområde er begrenset til å gjelde samme type rettsbrudd.

¹²⁴ Prop. 2008/09: 67 s. 147 (med normalt menes sannsynlighetsovervekt).

¹²⁵ Lovforslag nr. L 67 (2005-2006) s. 19.

10 Forholdsmessighet

10.1 Innledning

Bevissikring er et sivilrettslig tvangsmiddel som kan iverksettes uanmeldt. Både de rom rekviritus disponerer, som forretningslokaler og lager, samt det private hjem, kan ettersøkes. Videre kan bevissikring rette seg mot en utenforstående tredjemann. Tiltaket kan av den grunn bare tillates dersom formålet med gjennomføringen oppveier de ulemper inngrepet medfører for den sikringen retter seg mot. Tiltaket må være forholdsmessig.

Informasjonspålegg er ikke på samme måte som bevissikring et inngripende tvangsmiddel; den begjæringen retter seg mot skal ha anledning til å uttale seg før begjæringen avgjøres (jf. §28A-3 femte ledd), videre angår pålegget kun opplysninger man i utgangspunktet selv har tilgang på. Men det er tale om å bli pålagt dette gjennom en rettslig kjennelse, og dersom vedkommende pålegget rettes mot ikke er part, og nekter å etterkomme det, kan kjennelsen tvangsfullbyrdes, jf. tvl. § 28A-4 tredje ledd femte setning. Et informasjonspålegg kan også støte an mot selvinkrimineringsvernet. Man skal ikke bli tvunget til å gi informasjon som kan utsette en selv eller ens nærmeste for straff.

Det fremgår av det som er sagt, at både bevissikring og informasjonspålegg kun kan tillates dersom tiltaket anses forholdsmessig. Dette innebærer at det må foretas en konkret rettslig forholdsmessighetsvurdering. Men spørsmålet om forholdsmessighet melder seg også for lovgiver på det overordnede lovgivningstekniske plan. Med dette siktes det til at hele rettsinstituttet bærer preg av å være mer eller mindre inngripende, eller mer eller mindre forholdsmessig. Et i utgangspunktet inngripende tiltak kan oppveies av andre prosessuelle regler eller rettsgarantier til beskyttelse av den tiltaket rettes mot. Ved den lovgivningstekniske vurderingen vil lovgiver måtte ta stilling til hvilke slike garantier man ønsker skal innføres, slik at tiltakets karakter får den ønskede balanse.

De to spørsmål om forholdsmessighet, den konkrete forholdsmessighetsvurderingen og den lovgivningstekniske, vil i det følgende bli behandlet.

10.2 Den konkrete forholdsmessighetsvurderingen – lovhjemler som sikrer proporsjonalitet

Det følger av direktivets artikkel 8 nr.1 at begjæringen må være begrunnet og forholdsmessig. I tvl. § 28A-2 angis derfor et krav til forholdsmessighet. Pålegg kan kun gis dersom: ”rettighetshaverens interesse i å få opplysningene veier tyngre enn ulempene for den som pålegget retter seg mot og andre motstående interesser.”¹²⁶

Om forholdsmessighetkravet i tvl. § 28A-2 første ledd, blir det i forarbeidene utførlig redegjort for hvorledes den brede vurderingen skal foretas. Det refereres til en rekke relevante momenter og hvordan de avveies i ulike praktiske situasjoner.¹²⁷ I tillegg blir det vist til direktivets artikkel 8 nr. 3 bokstav d om retten til å ikke inkriminere seg selv. Selvinkrimineringsvernet kan gjøre ”betydelig innhogg” i retten til informasjon, påpekes det.¹²⁸

Det følger videre av ordlyden i § 28A-2 annet ledd at bestemmelsene om bevisforbud og bevisfritak i tvisteloven §§ 22-3, 22-5 og 22-7 til 22-12 gjelder tilsvarende for plikten til å gi informasjon, og at de vil kunne begrense hva slags opplysninger et pålegg kan omfatte.

Kravet til forholdsmessighet er i de andre nordiske land regulert i henholdsvis retsplejeloven § 306 stk. 3, og upphovsrättslagen § 53 d første ledd. I begge bestemmelsers ordlyd er det et krav at et informasjonspålegg kun blir aktuelt i den grad ulempene det innebærer for rekvisitus oppveies av formålet med pålegget. Det er også som i Norge redegjort grundig for hvordan proporsjonalitetsvurderingen skal foretas, og hvilke momenter som vil være av særskilt betydning i lovenes forarbeider.¹²⁹

Også for punktet om den konkrete forholdsmessighetsvurderingen, har de nordiske land holdt seg tett opp mot direktivets ordlyd og regulert den med egne bestemmelser. De ulike regler blir dermed også mer innholdsmessig like. Den norske regulering av bevissikringsreglene er derimot også på dette punkt avvikende sammenliknet med svensk og dansk rett.

¹²⁶ Jf. § 28A-2 første ledd, annet komma.

¹²⁷ Prop. 81 L (2012-2013) s. 112-113.

¹²⁸ Prop. 81 L (2012-2013) s. 72.

¹²⁹ Prop. 2008/09: 67 s. 161-162 og Lovforslag nr. L 67 (2005-2006) s. 20.

Tvisteloven kapittel 28 inneholder ingen uttrykkelig hjemmel om forholdsmessighetsvurderingen, men reglene om bevissikring må ses i lys av og anvendes med de begrensninger som følger av de alminnelige reglene om bevis i tvisteloven kapittel 21 og 22 og reglene for de enkelte bevismidler. Det innebærer blant annet at de alminnelige og spesielle proporsjonalitetsreglene i §§ 21-8 og 26-5 tredje ledd får anvendelse og etter omstendighetene vil kunne hindre krav om bevissikring.¹³⁰

Av tvl. § 21-8 første ledd fremgår at: ”Det skal være et rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen.” Om forholdsmessighet i bestemmelsen om bevis-tilgang, § 26-5 tredje ledd, heter det: ”Retten kan nekte bevis-tilgang etter første eller annet ledd hvis dette vil medføre kostnader som ikke står i rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset”.

Ved at disse bestemmelsene gis tilsvarende anvendelse, unnlates det både i lovens ord og forarbeider å ta stilling til hvilke hensyn som i et konkret tilfelle kan tale mot bevissikring. Reglene er tuftet på situasjonen i en rettssak, og ikke utenfor. I forbindelse med en pågående sak vil hensyn som effektiv saksavvikling og proporsjonalitet mellom tvistens gjenstand/betydning og bevisføringens omfang spille inn på en annen måte enn i en bevissikrings-situasjon. Disse hensyn påpekes i Prop. 81 L (2012-2013) ved spørsmål om informasjonspålegg i forbindelse med en sak, men altså ikke i forbindelse med bevissikring.¹³¹

I den svenske upphovsrättslagen § 56a annet ledd stilles det i forbindelse med bevissikring følgende krav om forholdsmessighet; ”Ett beslut om innråningsundersökning får meddelas endast om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den eller för något annat motstående intresse.” Det er understreket i forarbeidene at som ved inngrep ellers, skal det særlig tas hensyn til den personlige integritet og privatlivets fred ved avveiningen. Undersøkelser i en persons private hjem kan derfor kun

¹³⁰ Schei m.fl. (2013) s. 981.

¹³¹ Faktisk nevnes verken ordet ”forholdsmessig” eller proporsjonalt/proporsjonlitet” med ett ord i løpet av Ot.prp. nr. 33 sine 9 sider eller i NOU 2001:32 kapittel 31 om bevissikring utenfor rettssak.

bli aktuelt ved alvorlige immaterialkrenkelser.¹³² ”Annat motstående interesse” kan omfatte tiltak som kan få indirekte virkninger også for andre enn den tiltaket direkte retter seg mot, eksempelvis krenkelse av en tredjemanns lovlig beskyttede interesse. Slike virkninger skal det også tas hensyn til.

Det danske krav om forholdsmessighet er inntatt i retsplejeloven § 653 stk. 4, og tilsvarer langt på vei kravet som stilles etter svensk rett; ”Fogedretten afslår helt eller delvis en anmodning om undersøgelse, hvis det under hensyn til privatlivets fred, erhvervshemmeligheder eller i øvrig må antages, at undersøgelsen vil påføre rekvisitus skade eller ulempe, som står i misforhold til rettighedshaverens interesse i undersøgelsens gennemførelse.” I forarbeidene er det vist til den svenske bestemmelsen referert til overfor, samt gitt uttalelser om den konkrete vurderingen.¹³³ To av de viktigste momenter i en slik vurdering, hensynet til privatlivets fred og beskyttelsen av forretningshemmeligheter, er i tillegg nevnt i ordlyden.

Som vist over har de svenske og danske regler i tilknytning til bevissikringsreglene regulert forholdsmessighetsprinsippet. Det er uttalt i lov at det av domstolen skal foretas en proporsjonalitetsvurdering der bevissikring kun kan tillates i den grad formålet med sikringen veier opp de ulemper motparten blir påført ved tiltaket.

I norsk rett fremkommer intet av ordlyden i forbindelse med kapittel 28. Det er allikevel ikke tvilsomt at bevissikring for å kunne tillates, også etter norsk rett, må være forholdsmessig. Men hva som anses som forholdsmessig vil måtte bero også på en mer overordnet verdiavveining. Som ellers må forarbeidene, i den grad de gir veiledning, kunne brukes ved anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet. Både de svenske og danske forarbeidene har mye oppmerksomhet på integritetsaspektene som gjør seg gjeldende, samt hensynet til privatlivets fred. Dette vil få betydning for den konkrete vurderingen som foretas etter svensk og dansk rett.

De norske forarbeider er svært sparsomme med slike prinsipielle betraktninger, men det understrekes derimot at hensynet til materielt riktige avgjørelser skal vektlegges særskilt.¹³⁴

¹³² Prop. 1998/99:11 s. 86.

¹³³ Betænkning nr. 1385/2000 s. 67-68.

¹³⁴ Ot.prp. nr.33 (2003-2004) s. 5

Spørsmålet blir om lovgivers avveining av ulike hensyn kan få virkning på den konkrete forholdsmessighetsvurderingen, eller om den, uavhengig av forarbeidenes eventuelle drøftelser, vil være lik i de ulike land.

10.3 Andre rettssikkerhetsgarantier/prosessuelle regler til vern av rekvisitus

For å veie opp for det inngripende tiltak bevissikring uten varsel kan være, er det i TRIPS-avtalens artikkel 50 angitt flere prosessuelle regler. Blant annet stilles krav om sikkerhetsstillelse og erstatning, videre oppstilles en relativt snever preklusjonsfrist.¹³⁵ Disse prosessregler har som formål å beskytte rekvisitus i en bevissikringssituasjon, samt å hindre unødig misbruk av ordningen.¹³⁶ Videre bidrar reglene til å utligne bevissikringstiltakets inngripende karakter.

10.3.1 Sikkerhetsstillelse og erstatning

Spørsmålet om sikkerhetsstillelse ved bevissikring er i den danske retsplejelov regulert i § 653a stk 6 med følgende ordlyd: ”En afgørelse om gennemførelse af undersøgelse er betinget af, at rekvirenten stiller sikkerhed for den skade eller ulempe, som rekvisitus kan blive påført, med mindre fogedretten undtagelsesvis bestemmer andet.”

Upphovsrättslagen § 56c første ledd lyder: ”Ett beslut om inetrångsundersökning får meddelas endast om sökanden ställer säkerhet hos domstolen för den skada som kan tillfogas motparten. Saknar sökanden förmåga att ställa säkerhet, får domstolen befria sökanden från det.”

Det følger av ordlyden, samt lovenes forarbeider at den klare hovedregel er at sikkerhetsstillelse kreves for gjennomføring av bevissikring.¹³⁷ Det eksisterer kun en snever unntaksmulighet fra kravet om å stille sikkerhet.¹³⁸ Til sammenlikning finnes ingen hjemmel om sikkerhetsstillelse ved informasjonspålegg, verken i den svenske eller norske loven. I den danske

¹³⁵ Se artikkel 50 nr. 3, 6 og 7.

¹³⁶ Jf. bla. TRIPS-avtalens artikkel 50 nr. 3 i.f.

¹³⁷ Se særlig Prop. 1998/99:11 s. 67.

¹³⁸ Se opphovsrättslagen §56c første ledd, annen setning og retsplejeloven §653a stk. 6.

retsplejelov § 307 stk. 3 er imidlertid tredjemann gitt en mulighet for å kreve sine utgifter i forbindelse med pålegget forhåndsbetalt av rettighetshaver, eller at rettighetshaver stiller sikkerhet for betaling av disse utgifter.

Vedrørende bevissikringsreglene ble det i høringsnotatet av 16. januar 2002 foreslått en regel som gikk lenger enn hva som kreves i henhold til TRIPS-avtalens bestemmelse om sikkerhet i artikkel 50 nr. 3, der det er opp til rettens skjønn om krav til sikkerhet skal stilles. I høringsnotatet gikk departementet inn for at retten normalt ”bør” kreve sikkerhet i de tilfeller bevis opptas uten at motparten varsles.¹³⁹ Begrunnelsen for ønsket om å innføre en strengere regel sammenliknet med TRIPS var at retten i slike saker kun har rekvirentens versjon å basere seg på, og at motparten ikke har mulighet til å forsvare sine interesser. Risikoen øker da for at kjennelsen bygger på feilaktig grunnlag.¹⁴⁰ For å kompensere dette, skulle motparten sikres mot mulig tap som følge av sikringen.

Slik den endelige lovteksten ble utformet, synes det ikke å være utgangspunktet at sikkerhet stilles ved bevissikring: det følger av tvistelovens § 28-3 sjette ledd at ”Retten *kan* stille som vilkår for avholdelse av bevissikring etter fjerde ledd at den som har satt fram kravet, dekker eller stiller sikkerhet for de kostnader som påløper.”¹⁴¹ I den grad denne bestemmelsen brukes i praksis, er det regelmessig tale om å stille sikkerhet for eventuelle utlegg og administrative kostnader motparten blir nødt til å dekke. Noe ”skade eller ulempe” som i de svenske eller danske regler, er det derimot ikke tale om. Det følger videre av annet punktum i sjette ledd ”Retten kan også stille som vilkår at det stilles sikkerhet som retten fastsetter for mulig erstatning til motparten.”

Om sikkerhet bør stilles i det enkelte tilfelle er med andre ord opp til rettens skjønn. Kravet, slik det er utformet, fremstår ikke som noe rettssikkerhetsgaranti for rekviritus. Praksis har også vist at retten ikke benytter seg av adgangen til å pålegge begjærende part å stille sikkerhet.

¹³⁹ Se høringsnotatet s. 10.

¹⁴⁰ Høringsnotat av 16. januar 2002 s. 10-11.

¹⁴¹ Min utheving.

Det følger av TRIPS-avtalen artikkel 50 nr. 7 at de rettslige myndigheter skal kunne pålegge rekvirenten å yte rimelig erstatning dersom bevissikringen kjennes ugyldig eller bortfaller, eller hvis det konstateres at det ikke har vært tale om noe krenkelse.

Tvl. § 28-3 femte ledd regulerer rekvirentens erstatningsansvar ved bevissikring uten varsel: ”Dersom det viser seg at den som satt frem begjæringen etter fjerde ledd, ikke har krav eller en rettighet som bevissikringen kunne tjene til å sikre, plikter vedkommende å erstatte den skade motparten har lidt som følge av bevissikringen. Det samme gjelder dersom det etter etterfølgende muntlig forhandling viser seg at begjæringen om bevissikringen etter fjerde ledd for øvrig var ugrunnet som følge av at det under saken forsettlig eller uaktsomt ble gitt uriktige eller villedende opplysninger om hvorfor det var grunn til å foreta bevissikringen.”

Første komma gjelder rekvirentens erstatningsansvar når det i ettertid viste seg at han ikke hadde et krav eller rettighet som bevissikringen kunne tjene til å sikre. Erstatningsplikten er da objektiv.¹⁴² Men det er ikke, som ved erstatning etter midlertidig sikring etter tvl. § 32-11 første ledd, et krav at bevissikringen er opphevet eller falt bort. Etter annet komma skal det mer til for erstatningsansvar. Forarbeidene viser til ett enkelt eksempel for å belyse den snevre adgangen for rekvirentens å bli tilkjent erstatning som følger av norsk rett; en varemerkeinneha- ver krever bevissikring hos en forhandler på grunn av mistanke om omsetning av varemerke- forfalskede varer. Ved bevissikringen finner man ingen spor som tyder på at rettighetshaveren hadde rett i sin påstand. Det vil her oppstå erstatningsplikt på objektivt grunnlag kun dersom rettighetshaver i virkeligheten ikke hadde rett til det aktuelle varemerket. Det oppstår intet ansvar alene av den grunn at sikringen ikke avslørte noe inngrep. Ved en etterfølgende munt- lig forhandling vil erstatningsplikt kun følge av at rekvirenten forsettlig eller uaktsomt ga uriktige eller villedende opplysninger om hvorfor bevissikring var nødvendig.

Å sette terskelen for erstatningsansvar så høyt, beskytter rekvirentens kun mot de åpenbare mis- brukstilfellene. Dersom det påvises uaktsomhet eller forsett med hensyn til uriktige og ville- dende opplysninger oppgitt til retten, har vi å gjøre med en part som sannsynligvis ikke hadde hederlige motiver for gjennomføringen av bevissikringen.

¹⁴² Schei m.fl. (2013) s. 989.

Det kan videre stilles spørsmål ved om den norske erstatningshjemmelen oppfyller TRIPS-avtalens krav. Det følger av artikkel 50 nr. 7 at rekvirenten skal yte rimelig erstatning dersom ”det konstateres at det ikke har vært tale om noe krenkelse”.¹⁴³ Som eksempelet fra forarbeidene nevnt over viser, vil begjærende part i dette tilfelle ikke bli pålagt erstatning (”Det oppstår ikke objektivt ansvar fordi bevisopptaket ikke avslørte inngrep i varemerket.”¹⁴⁴).

Etter dansk rett blir rettighetshaver erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag dersom det i den etterfølgende rettssak viser seg at den påberopte rett ikke består eller ikke kan gjøres gjeldende av ham, eller at den anførte krenkelse ikke var ulovlig.¹⁴⁵ Erstatningsplikten er med andre ord strengere enn etter norsk rett. Også etter svensk rett har rekviritus rett til erstatning dersom det ikke kan vises til noe inngrep.¹⁴⁶

I forbindelse med reglene om informasjonspålegg har rekviritus etter tvl. § 28A-5 rett til å få dekket sine nødvendige kostnader og utlegg som påføres ham. Etter den svenske opphovsrättslagen § 53f første ledd har rekviritus rett på rimelig erstatning for ”kostnader och besvär”. I de danske regler er ikke dette regulert eksplisitt.

10.3.2 Preklusjonsfrist

Prosessuell preklusjon innebærer at man mister retten til å fremføre et standpunkt, et argument eller et bevis, hvis det ikke fremkommer i tide.¹⁴⁷ Mislighold av enkelte frister prekluderer (avskjærer) adgangen til å foreta prosesshandlingen. For bevissikring vil en slik frist innebære at oversittelse medfører at adgangen til å benytte beviset i en senere sak, avskjæres.

TRIPS-avtalen artikkel 50 nr.6 oppstiller en preklusjonsfrist for gjennomføring av bevissikring. Dersom rekvirenten ikke innen en nærmere angitt frist innleder en rettslig prosess med sikte på å avklare de faktiske forholdene i saken, blir rettens kjennelse uten virkning. Både

¹⁴³ Se norsk oversettelse i Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 2

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 8.

¹⁴⁵ Se retsplejeloven § 653c stk. 3.

¹⁴⁶ Prop. 1998/99: 11 s. 67.

¹⁴⁷ Robberstad (2010) s. 23.

Sverige og Danmark har innført preklusjonsregler vedrørende bevismaterialet, slik TRIPS-avtalen artikkel 50 nr. 6 forutsetter.

I opphovsrettslagen § 56e er det satt to preklusjonsfrister. For det første må rettighetshaver innen en måned etter beslutningen om bevissikring ble fattet, faktisk gjennomføre sikringen. I motsatt fall bortfaller beslutningen, jf. første ledd. Videre må rekvirenten i henhold til annet ledd reise søksmål eller foreta andre rettslige skritt etter gjennomføringen av sikringen for å hindre preklusjon.

I dansk rett har rekvirenten i henhold til § 653c en frist på innen 4 uker etter at undersøkelsen er avsluttet, til å anlegge søksmål. Overholdes ikke fristen, skal materialet fra bevissikringen tilbakeleveres rekviritus, og dette kan ikke senere anvendes som bevis for krenkelser eller overtredelser.

Kravet om at rekvirenten må anlegge sak innen 4 uker, er i de danske forarbeidene begrunnet med at en bevissikringsundersøkelse normalt vil bli foretatt som et forberedende skritt før søksmål om krenkelse reises. Reglene er innført for å motvirke passivitet fra rekvirentens side som igjen fører til usikkerhet for rekviritus med hensyn til om sak vil bli reist.¹⁴⁸ I de svenske forarbeidene drøftelse vedrørende hvor lang preklusjonsfristene burde være, sees det hen til TRIPS-avtalens to alternativer, og påpekes at det av hensyn til den bevissikringen rettes mot, skal sterke grunner til for å angi en vesentlig lengre frist enn de TRIPS-avtalen opererer med.¹⁴⁹

Igen ser man av de svenske og danske forarbeidene at hensynet til rekviritus blir vurdert og ivaretatt.

I det norske høringsnotatet av 16. januar 2002 ble det foreslått detaljerte regler om bevissikringsordningen tett opp til TRIPS-avtalens egen ordlyd, som blant annet innebar et forslag om å innføre en preklusjonsfrist: ”TRIPS-avtalen artikkel 50 nr. 6 gjør det hensiktsmessig å gi en

¹⁴⁸ Betænkning nr. 1385/2000 s. 77.

¹⁴⁹ Prop. 1998/99:11 s. 80. TRIPS-avtalens to frister er henholdsvis 20 virkedager og 31 kalenderdager, jf. art. 50 nr. 7.

særskilt preklusjonsregel i tvistemålsloven for så vidt gjelder bevisopptak i saker om immaterielle rettigheter.”¹⁵⁰

Sak måtte reises innen en måned etter gjennomføringen av sikringen, ellers måtte bevismaterialet tilbakeleveres rekvisitus, og det som fremkom under bevisopptaket skulle ikke kunne brukes i en senere rettssak.¹⁵¹

Departementet vurderte også i Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) om en slik preklusjonsregel skulle innføres som del av de norske bevissikringsreglene. Departementet fant det imidlertid ”enklere og bedre tilpasset prosesslovgivningen for øvrig og norsk rettstradisjon” å ikke innføre regler om preklusjonsfrist.¹⁵² Med henvisning til at avtalens formål var å oppstille minimumskrav til medlemsstatenes beskyttelse av immaterielle rettigheter, fant departementet det legitimt å fravike TRIPS-avtalens ordlyd da det var tale om regulering av prosessuelle spørsmål. Å ikke innføre en slik frist var i tillegg i rettighetshavers interesse, slik at det av den grunn ikke kunne tolkes som et krav for korrekt gjennomføring av avtalen å innføre fristen.¹⁵³

Som begrunnelse ble videre anført; ”I norsk rettstradisjon er hensynet til sakens opplysning den grunnleggende rettesnor for utformingen av de prosessuelle reglene om bevis. Regler om bortfall av adgangen til å påberope bevis i en senere sak på grunn av oversittelse av frister vil virke fremmedartet. Det vil heller ikke bidra til at den senere saken blir best mulig opplyst.” I tillegg var det et poeng at det ikke alltid er ønskelig å reise sak, men heller at partene løser tvisten seg i mellom uten ytterligere rettergangsskritt.¹⁵⁴

De norske regler om bevissikring inneholder som følge av dette ingen preklusjonsfrist. Det innebærer at den bevissikringen retter seg mot i prinsippet må leve i uvisshet på ubestemt tid vedrørende om søksmål vil bli reist på bakgrunn av det sikrede bevismaterialet. Rekvirenten får også disponere bevismidlene på ubestemt tid etter gjennomført muntlig forhandling og

¹⁵⁰ Høringsnotat av 16. januar 2002 s. 14.

¹⁵¹ Høringsnotat av 16. januar 2002 s. 14-15.

¹⁵² Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 6.

¹⁵³ Ot.prp. nr.33 (2003-2004) s. 6.

¹⁵⁴ Ot.prp. nr.33 (2003-2004) s. 6.

stadfestelse av kjennelsen/sikringen. Dette gjør at bevissikring kan virke enn mer inngripende i norsk rett sammenliknet med i Sverige og Danmark.

Bevissikring uten forutgående varsel er et ekstraordinært tiltak som kan virke hardt på rekvisitus. Av den grunn er det innført prosessregler som skal beskytte ham. Når Norge, som vist i dette punktet, velger å innføre noen regler, men ikke andre, eller å innføre regler, men med vesentlig lavere terskler sammenliknet med TRIPS-avtalen eller svensk og dansk rett, kan man risikere å sitte igjen med et ubalansert regelverk. Reglene fremstår ikke som kompromissløsninger basert på en bred avveining av de ulike hensyn tiltaket kan tenkes å støte an mot. I stedet velges det å prioritere den ene partens interesser i saken – rekvirentens.

Som vist over i denne fremstillingen, begrunner ofte departementet å unnlate å innføre enkelte prosessregler med at det er i rettighetshavers favør. Men med et slikt utgangspunkt legger departementet til grunn at det alltid er tale om en inngriper eller annen som har handlet rettsstridig, som er rekvisitus. Med en slik ensidig, forutinntatt tilnærming, sees det bort fra at rekvisitus kan være helt uten skyld. Til og med kan det vise seg at rekvisitus er den egentlige rettighetshaver, og rekvirenten den egentlige inngriper.

Det er ikke tvilsomt at hensynet til materielt riktige avgjørelse i svensk og dansk rett også er viktig. Men det som her gjør utslag, er den nærmere verdiavveiningen til lovgiver på det lovgivningstekniske plan. De hensyn som gis forrang er annerledes, samtidig som at det åpenbart var en tydeligere målsetning svensk og dansk rett ved den rettslige regulering komme nær opp mot TRIPS-avtalens løsninger, også når det kom til de prosessuelle bestemmelser til beskyttelse av rekvisitus.

Det forhold at de norske bevissikringsregler har et generelt anvendelsesområde, snever erstatningshjemmel og i praksis ikke stiller krav om sikkerhet, må det kunne sies at hele rettsinstituttet har en annen karakter og vil være mer inngripende sammenliknet med hva gjelder i våre naboland.

11 Avslutning

De lovgivningstekniske holdninger, overveielser og løsninger som ligger til grunn for innføringen av et nytt regelsett nasjonalt får betydning for reglernes utforming, tilgjengelighet og

endelig den nærmere anvendelsen av dem. Rettsinstituttene bevissikring og informasjonspålegg bærer preg av å ha kommet til som følge av ulike begivenheter med anleggelse av ulike lovgivningstekniske holdinger til det internasjonale regelverk. Ved informasjonspåleggsbestemmelsene har lovgiver å gjøre med et EU-direktiv, som Norge på mange privatrettslige områder har som utstrakt formål å følge og etterleve. Dette belyses av at Norge før innføringen både oppfylte minimumskravene i direktiv 2004/48/EF, samt ikke var forpliktet til å innføre reglene. Likevel holder man seg tett opp mot direktivets regulering og innfører et nytt kapittel i tvisteloven om emnet. Dette var et uttalt lovgivningsteknisk ønske og er med på å farge reglenes utforming og tilgjengelighet.

TRIPS-avtalen kan tenkes å virke mer ”fremmed” slik at lovgiver anser det mer legitimt å velge andre løsninger for den nasjonale regulering enn de som er anbefalt i traktaten. Dette bør en imidlertid være varsom med. TRIPS-avtalen er et resultat av en lang forhandlingsprosess (fra 1983 til 1994) der ulike interesseorganisasjoner og stater arbeidet for sine synspunkter vedrørende bekjempelse av immaterialrettsinngrep før man omsider kom frem til et avbalsert regelverk alle kunne enes om. Det Norge har gjort i forbindelse med bevissikringsreglene (særlig mht. det som omtales i kapittel 10), er å plukke ut de enkeltbestemmelser man mener bør innføres i den nasjonale lovgivning, og utelate andre. I tillegg er de gitt et anvendelsesområde TRIPS-avtalen ikke var beregnet på.

Bevissikringsreglene bærer også noe preg av å være vedtatt i et høyt tempo, noe som kan forklare hvorfor ordlyden i mange tilfelle er vag og upresis, og hvorfor flere prinsipielle spørsmål ikke er behandlet i de aktuelle forarbeider. NOU 2001:32 ble avsagt 20. desember 2001, mens høringsnotatet fra Justisdepartementet er fra 16. januar 2002. Bestemmelsen i tvml. § 271a trådte i kraft 1. juli 2004 i påvente av tvistelovens ikrafttredelse 1. januar 2008. Mye tyder derfor på at lovgiver først og fremst hadde ett mål for øye, og det var å rette opp i motstridssituasjonen. Imidlertid kan lite funderte og veloverveide reguleringer resultere i at man må sette i gang en ny lovgivningsprosess for å rette opp uheldige lovgivningstekniske løsninger.

12 Kilder

12.1 Lover

Norske lover:

- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6 (opphevet)
- 1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2
- 1966 Lov om toll (Tolloven) av 10. juni 1966 nr. 5 (opphevet)
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

Utenlandske lover:

- 1960 Lag om upphovsrett till litterära och konstnärliga verk 1960:729 (Upphovsrättslagen) [Sverige]
- 2000 Lag om säkerställande av bevisning i tvistemål som gäller immateriella rättigheter 7.4.2000/344 [Finland]
- 2012 Lov om rettens pleje af 24. september 2013 nr. 1139 (Retsplejeloven) [Danmark]

12.2 Forarbeider

Norske forarbeider:

- St. prp. nr. 65 (1993-1994) Om resultatet av Uruguay-runden (1986-1993) og om samtykke til ratifikasjon av Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (WTO) m.m
- Ot. Prp. nr. 73 (1995-1996) Om lov om endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (TRIPS-avtalen)
- NOU 2001:32 Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

| | |
|---|---|
| Høringsnotat, januar 2002 Snr. 02/00244 | Høringsnotat – endring av tvistemålslovens regler om bevisopptak utenfor rettssak m.m. (immaterielle rettigheter – TRIPS-avtalen) |
| Ot. Prp. nr. 33 (2003-2004) | Om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak) |
| Prop. 65 L (2012-2013) | Endringer i åndsverkloven (tiltak mot krenkelser av opphavsrett m.m. på Internett) |
| Prop. 81 L (2012-2013) | Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene) |
| Innst. 261 L (2012-2013) | Innstilling fra justiskomiteen om endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene) |

Svenske forarbeider:

| | |
|------------------|--|
| Prop. 1998/99:11 | Regeringens proposition 1998/99:11 Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång |
| Prop. 2008/09:67 | Regeringens proposition 2008/09:67 Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG |

Danske forarbeider:

| | |
|---|---|
| Betænkning nr. 1385/2000 | Betænkning om bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder mv. |
| Betænkning afgivet av Retssudvalget den 1. marts 2001 | Betænkning over forslag til lov om bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder m.v. |
| Lovforslag nr. L 67 (2005-2006) | Forslag til lov om ændring af retsplejeloven (Gennemførelse af EU-regler om håndhevelse af immaterialrettigheder mv.) |

12.3 Rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 2006 s. 626 *Normarc*

Rt. 2010 s. 774 *Max Manus*

Lagmannsretten:

LE-2012-77346

Tingretten:

RG 2007 736 *Tom og Jerry*

08-095049TVI-AHER/1 (Upublisert)

12.4 Internasjonale traktater og direktiver

| | |
|---------------------|--|
| WTO | Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (World Trade Organization), 15. april 1994 |
| TRIPS | Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1. January 1995 |
| Direktiv 2004/48/EF | Europaparlamentets- og rådets direktiv 2004/48/EF av 29. april 2004 om håndhevelsen av intellektuelle eiendomsrettigheter. |

12.5 Litteratur

Gomard, Bernhard og Kistrup, Michael. *Civilprosessen* 7. utgave. København 2013

Robberstad, Anne. *Sivilprosess* 1. utgave. Oslo 2010

Robberstad, Anne. *Sivilprosess* 2. utgave. Oslo 2013

Schei, Tore m.fl. *Tvisteloven Kommentarutgave Bind I* 2. utgave. Oslo 2013

Schei, Tore m.fl. *Tvisteloven Kommentarutgave Bind II* 2. utgave. Oslo 2013

Sveaas, Nils Kristian og Arendt, Torstein. *Bevissikring utenfor rettsak – må hovedkravet sannsynliggjøres?* Artikkel publisert i Tidsskrift for Forretningsjus, TFF 2010-1