



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENT

Ot.prp. nr. 33

(2003–2004)

Om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)

*Tilråding fra Justis- og politidepartementet av 6. februar 2004,
godkjent i statsråd samme dag.
(Regjeringen Bondevik II)*

1 Proposisjonens hovedinnhold

I proposisjonen her foreslås endringer i tvistemålsloven kapittel 20 om bevisopptak utenfor rettssak. Hovedhensikten er å legge til rette for bevisopptak uten at motparten varsles på forhånd der det er fare for at formålet med bevisopptaket ellers vil forfeiles, for eksempel fordi det er grunn til å mistenke motparten for å ville ødelegge de aktuelle bevisene før bevisopptaket iverksettes dersom vedkommen- de varsles på forhånd.

På immaterialrettens område har utvidelsen også til hensikt å tilfredsstille kravene i artikkel 50 i avtalen 15. april 1994 om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter (TRIPS-avtalen).

2 Bakgrunnen for lovforslaget

2.1 TRIPS-avtalen

TRIPS-avtalen er en del av WTO-avtalen (Avtale 15. april 1994 om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (World Trade Organization)). Norge ratifiserte avtalen 7. desember 1994, og den trådte i kraft 1. januar 1995.

TRIPS-avtalen stiller minimumskrav til statenes lovgivning om vern av immaterielle rettigheter. Av

avtalen artikkel 1 nr. 2 følger at de immaterielle rettighetene som omfattes, er nedfelt i del II, avsnitt 1 til 7. Det er opphavsrett og beslektede rettigheter, varemerker, geografiske betegnelser, industrielle mønstre, patenter, kretsmønstre (topografier) til integrerte kretser og beskyttelse av fortrolige opplysninger.

Avtalens del III inneholder regler om håndheving av immaterielle rettigheter. Artikkel 50 gir nærmere regler om midlertidige tiltak for å sikre immaterielle rettigheter, herunder tiltak for sikre bevis for krenkelser. Avtalen krever at det skal være mulig å få rettens tillatelse til slike tiltak. I noen saker skal det også være mulig å få rettens tillatelse til dette uten at saksøkte høres på forhånd, f.eks. dersom det er påviselig risiko for at motparten i motsatt fall vil ødelegge bevismaterialet. Artikkel 50 lyder i norsk oversettelse:

- «1. Rettsmyndighetene skal kunne pålegge raske og effektive midlertidige tiltak
- a) for å forhindre krenkelse av en immateriell rettighet, og særlig for å forhindre at varene bringes inn i handelskanaler under deres jurisdiksjon, herunder importerte varer umiddelbart etter tollklarerer;
 - b) for å ivareta relevant bevismateriale i forbindelse med den angivelige krenkelsen.

2. Rettsmyndighetene skal når det er hensiktsmessig kunne treffe midlertidige tiltak uten at den annen part er hørt, særlig når det er sannsynlig at en forsinkelse kan påføre rettighetshaveren uopprettelig skade eller når det er en påviselig risiko for at bevismaterialet ødelegges.
3. Rettsmyndighetene skal kunne kreve at saksøkeren legger fram alt 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, samt pålegge saksøkeren å stille en garanti eller tilsvarende sikkerhet som er tilstrekkelig til å beskytte saksøkte og unngå misbruk.
4. Når det er truffet midlertidige tiltak uten at den annen part er hørt, skal de berørte parter gis melding senest umiddelbart etter at tiltakene er iverksatt. På anmodning fra saksøkte skal det innen rimelig tid etter meldingen foretas en gjennomgang der saksøkte har rett til å legge fram sitt syn, og det skal da besluttes om tiltakene skal endres, oppheves eller stadfestes.
5. Den myndighet som skal iverksette de midlertidige tiltakene, kan kreve at saksøkeren legger fram andre opplysninger som er nødvendige for å kunne identifisere de aktuelle varer.
6. Med forbehold for nr. 4 skal midlertidige tiltak som treffes med hjemmel i nr. 1 og 2, på anmodning fra saksøkte oppheves eller på annen måte bli uten virkning dersom det ikke innledes en prosedyre som fører til en beslutning om de faktiske forholdene i saken i løpet av et rimelig tidsrom som, når det tilates etter et medlems lovgivning, skal fastsettes ved avgjørelse av den rettsmyndighet som har pålagt iverksettelse av tiltakene eller, dersom en slik avgjørelse ikke foreligger, som ikke overstiger 20 virkedager, eller 31 kalenderdager dersom det innebærer at fristen blir lengre.
7. Når de midlertidige tiltakene oppheves eller når de opphører på grunn av en handling eller unnlattelse fra saksøkerens side, eller når det senere fastslås at det ikke forelå en krenkelse eller trussel om krenkelse av en immateriell rettighet, skal rettsmyndighetene på anmodning fra saksøkte kunne pålegge saksøkeren å gi saksøkte passende erstatning for den skade tiltakene har forårsaket.
8. I den utstrekning det kan treffes beslutning om et midlertidig tiltak etter administrativ behandling, skal behandlingen være i samsvar med prinsipper som i det vesentlige tilsvarende prinsippene i dette avsnitt.»

2.2 Norsk rett

Utgangspunktet i norsk prosessrett er at bevisføringen skal finne sted umiddelbart for den dømmende rett, for sivile saker jf. tvistemålsloven § 195 første ledd. Tvistemålsloven kapittel 20 (§§ 267 til 271) inneholder likevel regler om bevisopptak utenfor rettssak. Formålet er å sikre bevis for en fremtidig rettssak. Virkeområdet er ikke begrenset til spesielle sakstyper.

Etter tvistemålsloven § 267 er det et krav at beviset gjelder forhold av rettslig betydning. Beviset må følgelig være egnet til å kunne brukes i en etterfølgende rettssak. Som utgangspunkt må også saksøker ha rettslig interesse i å opptre som part eller hjelpeintervenient i den saken. Det må videre være grunn til å frykte at beviset ellers vil gå tapt eller bli vanskelig å føre. Begjæringen om bevisopptak fremsettes for tingretten som skal følge de regler som gjelder for bevisopptak utenfor hovedforhandling så langt de passer, jf. §§ 268 og 271 første ledd. Nærmere krav til begjæringens innhold fremgår av § 269. Reglene for hvordan retten skal gå frem når den skal ta stilling til en begjæring om bevisopptak, er nedfelt i tvistemålsloven § 270.

Ved bevisopptak skal motparten, hvis denne er kjent, høres før retten treffer kjennelse om bevisopptak, jf. tvistemålsloven § 270 annet ledd. Plikten gjelder imidlertid ikke dersom det er «fare ved opphold». Hva som ligger i begrepet «fare ved opphold», ble vurdert av Høyesteretts kjæremålsutvalg i en kjennelse avsagt 17. juli 2000, publisert i Rt. 2000 s. 1261. Fra kjennelsen siteres:

«Forbeholdet i § 270 annet ledd «og der ikke er fare ved opphold» tar sikte på situasjoner der bevisopptak må skje umiddelbart og motparten derfor ikke kan høres fordi det tar tid. Bestemmelsen 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.»

På bakgrunn av denne tolkningen må det legges til grunn at norsk rett på dette punktet ikke er i samsvar med TRIPS-avtalen.

2.3 Tvistemålsutvalgets forslag

I Tvistemålsutvalgets forslag til ny tvistelov i NOU 2001: 32 Rett på sak er det åpnet for bevisopptak uten varsel til motparten dersom varsel vil kunne hindre at beviset sikres, jf. lovforslaget § 31–3 fjerde ledd som lyder:

«Dersom det er grunn til å frykte at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres, kan retten treffe foreløpig avgjørelse om bevis-

sikring uten å varsle motparten. Den som har fremsatt begjæringen, bør ikke gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig, dersom det kan være viktig for motparten å hindre det. Retten kan stille som vilkår for foreløpig avgjørelse, at den som har fremsatt kravet dekker eller stiller sikkerhet for de omkostninger som påløper. Tvangsfullbyrdsloven § 15–10 gjelder tilsvarende.»

Utvalget begrunnet forslaget slik, jf. NOU 2001: 32 Bind B s. 989–990:

«[Fjerde ledd] gjelder den situasjonen at et varsel til motparten om begjæringen vil kunne umuliggjøre gjennomføringen av bevissikringen eller bevis tilgangen. Den direkte foranledning til forslaget på dette punkt er hensynet til å kunne oppfylle Norges forpliktelser etter den såkalte TRIPS-avtalen – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Det er her forutsatt at midlertidige tiltak, som bevissikring, skal kunne treffes uten at den annen part er hørt når det er nødvendig for å nå formålet. En slik adgang er det ikke etter de någjeldende regler om bevissikring, se Rt. 2000 side 1261.

Det er bare rent unntaksvis adgang til å treffe viktige rettslige avgjørelser uten at den annen part er hørt. Reglene om midlertidig sikring av materielle krav i tvangsfullbyrdsloven kapittel 14 og 15 gir imidlertid hjemmel for dette under liknende vilkår, men med rett til å kreve avgjørelsen prøvet ved etterfølgende muntlig forhandling i samme instans. Utvalget har derfor funnet det riktig å sikre en etterfølgende grundig behandling, og også at den foreløpige beslutningen skal kunne sikre beviset uten at den part som har fremsatt kravet får tilgang til det før endelig avgjørelse er truffet.»

2.4 Situasjonen i Danmark, Sverige og Finland

I Danmark fikk retsplejeloven ved lov nr. 216 av 28. mars 2001 et nytt kapittel 57 a om bevissikring ved krenkelser av immaterielle rettigheter på grunnlag av Betænkning nr. 1385 (2000) Bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder m.v. Bakgrunnen var delvis ønsket om regler for sikring av bevis for krenkelse av immaterialrettigheter, delvis å avskjære enhver tvil om hvorvidt Danmark oppfylte kravene i TRIPS-avtalen. Lovendringen trådte i kraft 1. april 2001.

Også i Sverige er det innført regler om bevissikring ved krenkelse av immaterialrettslige regler. Disse er gjennomført ved tilføyelser i immaterialrettslige lover om opphavsrett, varemerker, patenter, mønster, firma, kretsmønster for halvlederpro-

dukter og planteforedlerrett. Forslaget bygger blant annet på TRIPS-avtalen artikkel 50. Lovendringene trådte i kraft 1. januar 1999.

I Finland er det vedtatt en egen lov om bevissikring i immaterialrettslige saker. Loven åpner bl.a. for bevisopptak hos motparten og også hos en tredjeperson. Beslutningen kan treffes uten at motparten høres, dersom det er en risiko for at formålet ellers forspilles. Loven trådte i kraft 1. mai 2000.

2.5 Høringsnotatet 16. januar 2002

Etter kjæremålsutvalgets avgjørelse referert i punkt 2.2 ovenfor var det klart at TRIPS-avtalen krevde en endring i reglene om bevisopptak utenfor rettssak. Justisdepartementet utarbeidet derfor et høringsnotat med forslag om at det ble åpnet for bevisopptak uten varsel til motparten ved krenkelse av immaterialrettigheter. Det ble samtidig foreslått en viss skjerpelse av saksøkers ansvar ved midlertidige forføyninger for å bringe reglene i bedre samsvar med TRIPS-avtalen.

Høringsnotatet ble 16. januar 2002 sendt til følgende adressater med høringsfrist 15. mars 2002:

Arbeids- og administrasjonsdepartementet
Finansdepartementet
Kirke- og kulturdepartementet
Nærings- og handelsdepartementet
Utdannings- og forskningsdepartementet
Utenriksdepartementet

Høyesterett
Lagmannsrettene
Asker og Bærum tingrett
Bergen tingrett
Oslo tingrett
Stavanger tingrett
Trondheim tingrett

Konkurransetilsynet
Politidirektoratet
Regjeringsadvokaten
Riksadvokaten
Styret for det industrielle rettsvern (Patentstyret)

Actio Lassen
Den norske Dommerforening
Den Norske Advokatforening
Finansnæringens Hovedorganisasjon
Hamsø patentbyrå
Landsorganisasjonen i Norge
Norsk forening for industriell rettsbeskyttelse
Norsk forening for industriens patentingeniører
Norsk oppfinnerforening

Norske patentingeniørers forening
Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet
Næringslivets Hovedorganisasjon
Patentkontoret Curo
Rettspolitisk forening
Statens veiledningskontor for oppfinnere
Universitetet i Bergen
Universitetet i Oslo
Universitetet i Tromsø
Yrkesorganisasjonenes sentralforbund

Følgende høringsinstanser uttalte at de ikke hadde merknader til høringsnotatet:

Arbeids- og administrasjonsdepartementet
Utdannings- og forskningsdepartementet
Politidirektoratet
Riksadvokaten

Finansnæringens Hovedorganisasjon
Kopinor
Landsorganisasjonen i Norge

Følgende instanser har kommet med realitetsmerknader:

Finansdepartementet
Kirke- og kulturdepartementet
Nærings- og handelsdepartementet

Høyesteretts kontor
Agder lagmannsrett
Borgarting lagmannsrett
Asker og Bærum tingrett

Regjeringsadvokaten
Statens Veiledningskontor for Oppfinnere
Styret for det industrielle rettsvern (Patentstyret)

Abelia – foreningen for IKT- og kunnskapsbedrifter i NHO
Antipiratgruppen i Norge
Business Software Alliance
Norsk forening for industrien patentingeniører
Næringslivets Hovedorganisasjon

Av de høringsinstansene som uttalte seg om forslaget, var samtlige positive til at det ble åpnet for bevisopptak uten varsel til motparten.

Under høringen av Tvistemålsutvalgets forslag til ny tvistelov fremkom det ikke nevneverdige, nye synspunkter eller uttalelser fra nye hold om bevisopptak uten varsel til motparten.

3 Virkeområde

Forslaget i høringsnotatet 16. januar 2002 var knyttet til krenkelse av immaterielle rettigheter, jf. punkt 2.5 ovenfor. Tvistemålsutvalgets forslag var ikke begrenset til spesielle sakstyper, jf. punkt 2.3. Høringsinstansene ble bedt om å uttale seg om Tvistemålsutvalgets forslag var å foretrekke.

Agder lagmannsrett, Borgarting lagmannsrett, Regjeringsadvokaten og Antipiratgruppen i Norge mener at adgangen til bevisopptak uten varsel til motparten bør være generell. *Asker og Bærum tingrett* ser «ingen avgjørende motforestillinger» mot det.

Regjeringsadvokaten anfører:

«Hvis man først er av den oppfatning at det i en del situasjoner er et begrunnet behov for å opppta bevis uten varsel til motparten, som jo er forutsetningen i TRIPS-avtalen, er det ... vanskelig å se at dette behovet utelukkende gjelder de sakstypene som den avtalen gjelder. For eksempel kan vel faren for unndragelse eller ødeleggelse av dokumentbevis være like stor i en sak om fast eiendom, kjøp av bruktbil, eller hvis et konkursbo ønsker å få sikret dokumentbevis som måtte være i besittelsen hos sentrale ansatte hos konkursskyldneren. Etter Regjeringsadvokatens syn er det derfor mest nærliggende at en regel om bevissikring uten varsel til motparten, som inntas i tvistemålsloven, gjøres generell og gjelder for alle sakstyper.»

Antipiratgruppen fremholder:

«Det vil i mange saker være tilfeldig om man har å gjøre med en opphavsrettskrenkelse eller en krenkelse mot andre rettigheter. Et eksempel er produkter med grensesnitt mot opphavsrett som piratkort hvor selve produktet ikke er en krenkelse av immaterielle rettigheter. I lys av den teknologiske utvikling kan det tenkes lignende grensesaker, og man bør derfor ha en teknologinøytral regel. Her er tvistemålsutvalgets forslag å foretrekke siden det er nøytralt i forhold til det bakenforliggende rettsforhold.»

Utenriksdepartementet mener derimot at hensynet til kontradiksjon i utgangspunktet taler for å begrense adgangen til bevisopptak uten varsel til motparten til det som er nødvendig av hensyn til Norges internasjonale forpliktelser. Dette synet deles av *Business Software Alliance* som imidlertid mener at de erfaringer man gjør seg etter hvert eventuelt kan gi grunnlag for en generell regel. *Næringslivets Hovedorganisasjon* går også inn for å begrense regelens anvendelsesområde og viser til at Tvistemålsutvalget ikke har gitt noen begrunnelse for hvorfor det er behov for en generell regel. *Høyeste-*

rett mener at det må være «greit» med en begrenset ordning dersom spørsmålet om å gi reglene generell anvendelse fortsatt vil bli vurdert under oppfølgingen av Tvistemålsutvalgets utredning.

Etter departementets mening bør det være en generell adgang til bevisopptak utenfor rettssak uten varsel til motparten der det er grunn til å frykte at varsel vil kunne hindre at beviset sikres. Behovet for bevisopptak uten varsel til motparten kan reelt være vel så stort i andre tilfeller som ved krenkelser av immaterielle rettigheter. En prosessuell særregel til vern av immaterielle rettigheter vil fremstå som en dårlig begrunnet særbeskyttelse av en spesiell kategori rettigheter. Ved en generell adgang unngår man dessuten vanskelige avgrensningsspørsmål.

De prinsipielle betenkelighetene ved generell anvendelse knytter seg først og fremst til fravikelsen av det kontradiktoriske prinsippet. Kontradiksjon er generelt viktig for sakens opplysning. Det sikrer flest mulig riktige avgjørelser. De tilfellene regelen tar sikte på å fange opp, er imidlertid tilfeller der kontradiksjon på et innledende stadium kan føre til at saken blir dårligere opplyst slik at risikoen for materielt uriktige realitetsavgjørelser øker. Betenkelighetene knytter seg derfor ikke til at manglende kontradiksjon kan føre til uriktige realitetsavgjørelser, men til at ordningen kan påføre motparten et uforholdsmessig tap eller bryderi sammenlignet med saksøkerens interesser. Faren for materielt uriktige realitetsavgjørelser på grunn av bevisforspillelse fra motpartens side må anses som et større rettssikkerhetsproblem.

Næringslivets Hovedorganisasjon har reist spørsmål om bevisopptak uten varsel til motparten er forenlig med Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6. Artikkel 6 nr. 1 første punktum lyder i norsk oversettelse:

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

Den europeiske menneskerettsdomstolen har lagt til grunn at regelen også gjelder saksforberedelse i den utstrekning den kan påvirke avgjørelsen av den underliggende tvisten. Manglende kontradiksjon vil i utgangspunktet føre til at rettergangen ikke kan betraktes som rettferdig. Dette gjelder imidlertid ikke unntaksfritt. De tilfellene der det i proposisjonen her foreslås at det åpnes for bevisopptak uten varsel, er tilfeller der det er grunn til å frykte at kontradiksjon vil føre til en materielt sett mindre rettferdig rettergang. Motparten vil ha full adgang til å uttale seg om bevisene under en sen-

ere tvist om det materielle rettsforholdet. Til sikring av saksøktens interesser er det i lovforslaget dessuten inntatt bestemmelser om overprøving, erstatningsansvar for saksøker og sikkerhetsstillelse. På denne bakgrunn kan departementet ikke se at artikkel 6 i Den europeiske menneskerettskonvensjon utgjør noe hinder for den foreslåtte ordningen.

4 Utformingen av ordningen

I høringsnotat 16. januar 2002 var det foreslått detaljerte regler om ordningen i samsvar med bestemmelsene i TRIPS-avtalen artikkel 50 nr. 4 til 7, jf. punkt 2.1 ovenfor. Tvistemålsutvalgets forslag har en enklere utforming, jf. punkt 2.3.

Flere høringsinstanser uttaler seg til fordel for Tvistemålsutvalgets forslag. Blant annet fremholder *Asker og Bærum tingrett*:

«Dersom [Tvistemålsutvalgets forslags] enklere form, herunder henvisning til tvangsloven § 15–10, kan aksepteres også i relasjon til TRIPS-avtalen, vil vi anbefale at dette forslaget fremmes.»

Borgarting lagmannsrett, Agder lagmannsrett, Regjeringsadvokaten og Antipiratgruppen i Norge uttaler seg mer eller mindre uttrykkelig i samme retning.

I høringsnotatet var det foreslått en regel om bortfall av retten til å bruke bevisopptaket, jf. TRIPS-avtalen artikkel 50 nr. 6. Om dette forslaget uttaler *Høyesterett*:

«Preklusjonsregelen i [forslaget i høringsnotatet] bør overveies nærmere. At bevismaterialet skal leveres tilbake om fristen ikke holdes, er i prinsippet greit nok, selv om fristen på en måned nok kan være knapp i en del tilfeller. Men hva ligger det i at saksøkerens «rett til å bruke bevisopptaket faller bort»? Trolig innebærer det ikke at parten er avskåret fra å føre bevis om det som fremkom ved bevisopptaket, og vel heller ikke at parten er avskåret fra å provosere fremlagt dokumenter og andre bevis han ble kjent med gjennom bevisopptaket. Det kan være grunn til å klargjøre virkeområdet nærmere i lovteksten. Det tilføyes at en preklusjonsregel som den som foreslås, ikke er uten prinsipielle betenkeligheter. Det bør nøye overveies hvilke krav TRIPS-avtalen artikkel 50 nr. 6 stiller, slik at retten til å føre bevis ikke begrenses mer enn strengt nødvendig.»

Regjeringsadvokaten uttaler seg i samme retning:

«Det er ... foreslått en preklusjonsregel. Bestemmelsen virker umiddelbart noe fremmed.

Det synes også noe uklart hva som egentlig er konsekvensen av at sak ikke reises innen 1 måned. I høringsnotatet ... har departementet påpekt at «det som fremkommer under bevisopptaket skal følgelig ikke kunne brukes i en senere rettssak». Men hvordan stiller dette seg dersom rekvirenten for eksempel senere ønsker å vitne om innholdet i de bevisene som ble sikret? For så vidt har vel departementet svart på dette ved at det fremgår at «tilbakelevering ikke [er] aktuelt for så vidt gjelder kunnskap partene har fått som følge av bevisopptaket». Men hva skal man da egentlig oppnå med preklusjonsreglene? På bakgrunn av den kunnskapen man har fått gjennom bevisopptakssaken, vil parten kunne begjære dokumentene fremlagt fra motparten i senere rettssak og enkelt oppfylle kravene til spesifikasjon mv.»

Også *Agder lagmannsrett* er skeptisk til preklusjonsregelen og uttaler blant annet:

«... Departementet uttaler ... at tilbakelevering naturlig nok ikke er aktuelt for så vidt gjelder kunnskap partene har fått som følge av bevisopptaket. Man kan derfor stille spørsmål om behovet for en preklusjonsregel som skranke ved siden av de alminnelige reglene om bruk av bevisopptak i hovedforhandlingen i tvml. §§ 195–196.»

I høringsnotatet var det videre foreslått erstatningsbestemmelser i nøye samsvar med TRIPS-avtalen artikkel 50 nr. 7. *Antipiratgruppen i Norge* mener at «[e]ventuell erstatning vil følge av alminnelig erstatningsrett, og behøver ikke følge av lovteksten». *Næringslivet Hovedorganisasjon* uttaler på den annen side:

«NHO støtter forslaget til regler om saksøkers erstatningsplikt for uberettiget skade bevisopptaket påfører saksøkte. Slike regler bidrar til å gjenopprette balansen mellom saksøkers og saksøktes interesser. For at erstatningsregelen skal bli effektiv i så måte, er det en forutsetning at saksøker stiller sikkerhet for sin eventuelle erstatningsplikt, slik [forslaget] fastsetter.»

Om offentligheten og motpartens adgang til innsyn i saken anfører *Business Software Alliance*:

«[BSA ber] departementet vurdere om forslaget i tilstrekkelig grad tar hensyn til behovet for å begrense offentlig innsyn. Det vil være svært uheldig om motparten i saker der han ikke ble varslet pga faren for at bevisene da ville bli ødelagt eller unndratt, fikk kunnskap via pressen om at det skulle foretas bevissikring. ...

Det er også et spørsmål om en avgjørelse som går rekvirenten imot overhode bør offentliggjøres eller meddeles motparten. BSA har er-

faring med at tips om ulovlig kopiering/installasjon kommer fra ansatte som er tilbakeholdne med å stå frem og gi konkrete opplysninger, men at en etter noe tid får samlet flere bevis. En meddelelse av en beslutning om å ikke foreta bevisopptak, vil i slike tilfelle gi den/de mistenkte en foranledning til å ødelegge/slette bevisene. ...»

Departementet er i utgangspunktet enig med de høringsinstanser som foretrekker Tvistemålsutvalgets forslag. Det er enklere og bedre tilpasset prosesslovgivningen for øvrig og norsk rettstradisjon. Dette reiser spørsmål om i hvilken grad TRIPS-avtalen med bindende virkning regulerer utformingen av bevisopptaksadgangen.

De detaljerte bestemmelsene i TRIPS-avtalen artikkel 50 er i første rekke utformet med midlertidige forføyninger for øyet, jf. artikkel 50 nr. 1 bokstav a. I Norge er midlertidige forføyninger detaljert regulert i tvangsfullbyrdelsesloven. For bevisopptak er problemstillingene og situasjonen en noe annen. Formålet med TRIPS-avtalen er å oppstille minimumskrav til WTO-landenes beskyttelse av immaterielle rettigheter. Etter departementets mening er det derfor rom for å fravike ordlyden i den detaljerte reguleringen av prosessuelle spørsmål i TRIPS-avtalen artikkel 50 til fordel for rettighetshaverne når reguleringen da vil passe bedre inn i norsk lovgivning og rettstradisjon for øvrig. Et moment i denne vurderingen er også det forhold at norsk prosessrett som hovedregel bare vil komme til anvendelse ved forfølgninger av krenkelser av rettigheter som er begått på norsk territorium. Man står derfor overfor tilfeller der de fleste saksøkte vil være hjemmehørende her i riket, mens saksøkerne kan like godt høre hjemme i utlandet.

På denne bakgrunn finner departementet det forsvarlig å unnlate å foreslå en preklusjonsregel for saksøkerens bruk av bevis som er skaffet til veie ved bevisopptak. 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. For partene kan bevisopptaket være tilstrekkelig til at de kan løse tvisten seg imellom uten ytterligere rettergangsskritt. For eksempel avslører bevisopptaket at saksøkte driver med noe som representerer et inngrep i saksøkerens rettsposisjon. Saksøkte lover å respektere saksøkers rettigheter i fremtiden og tilbyr seg kanskje å forhandle om en viss kompensasjon for tidligere inngrep. I slike tilfeller vil det være uheldig å tvinge saksøkeren til å

forfølge saken rettslig innen kort tid for å opprettholde adgangen til å bruke bevisopptaket.

Når det gjelder saksøkerens erstatningsansvar i spesielle tilfeller, finner departementet det forsvarlig å foreslå en mildere og reelt sett bedre begrunnet regel bygget på reglene for midlertidige forføyninger i tvangsfullbyrdsloven § 3–5 fremfor den strengere og mer detaljerte bestemmelsen som ble foreslått i høringsnotatet. Tvistemålsutvalgets forslag inneholder ingen erstatningsbestemmelse. Saksøkte bør imidlertid ha et visst vern utover det som følger av alminnelig erstatningsrett. En løsning tilsvarende tvangsfullbyrdsloven § 3–5 er nærliggende.

Når det gjelder offentligheten og motpartens adgang til innsyn i saken, er departementet enig med Business Software Alliance i at både offentligheten og motparten bør nektes kjennskap til saken inntil bevisopptak er holdt. For de tilfellene der bevisopptak nektes, bør det settes en lengste frist for dette unntaket fra den alminnelige adgangen til å gjøre seg kjent med saksdokumenter og rettsavgjørelser, jf tvistemålsloven § 135. Seks måneder synes passende.

For øvrig vises det til merknadene til lovforslaget i punkt 7 nedenfor.

5 Erstatningsansvaret ved midlertidige forføyninger

I høringsnotatet 16. januar 2002 ble det under henvisning til TRIPS-avtalen artikkel 50 nr. 7 foreslått en skjerpelse av saksøkerens erstatningsansvar overfor saksøkte ved midlertidige forføyninger. Etter tvangsfullbyrdsloven § 3–5 første ledd annet punktum har saksøkeren et subjektivt ansvar dersom det viser seg at det ikke forelå noen «sikringsgrunn». I høringsnotatet ble det foreslått et objektivt ansvar på dette punkt ved midlertidige forføyninger til sikring av immaterielle rettigheter.

Om dette forslaget uttaler *Regjeringsadvokaten*:

«Det er i høringsnotatet også foreslått endring i tvangsfullbyrdsloven § 3–5 første ledd nytt tredje punktum. Det sentrale poenget synes å være at ansvarsgrunnlaget utvides. I dag kreves det for ansvar etter § 3–5 at hovedkravet ikke forelå. Etter forslaget blir det tilstrekkelig for erstatning at det ikke forelå sikringsgrunn.

Forslaget aktualiserer spørsmålet om hvordan sikringsgrunn skal prøves i ettertid. En forutsetning for at midlertidig tiltak skal besluttet etter reglene i tvangsfullbyrdsloven er at det er sannsynliggjort en sikringsgrunn, jf. § 15–6. Loven gir ingen hjemmel for å fravike

kravet om sannsynliggjøring av sikringsgrunn. Hvis forføyning besluttet vil ofte hovedkravet prøves senere gjennom ordinært søksmål. Sikringsgrunnen vil derimot ikke prøves i etterfølgende søksmål. Dette er egentlig ganske nærliggende. Når forføyning er besluttet, vil det normalt forhindre at det skjer noen krenkelse av rettigheten i ettertid. Og spørsmålet om det var slik fare for å unngå ulempe m.v., som kreves etter § 15–2 vil ikke undergis noen ytterligere eller senere prøving. Når dette er tilfelle er det vanskelig å se hvilken praktisk betydning den foreslåtte bestemmelsen i § 3–5 første ledd nytt tredje punktum skal ha. Den impliserer kanskje at man skal kunne ha etterfølgende prøving av sikringsgrunnen utover den prøvingen av dette som skjer gjennom behandlingen av forføyningssaken, og eventuelt ved kjæremål her.»

Departementet er kommet til at det ikke er nødvendig å skjerpe saksøkerens ansvar gjennom en endring av tvangsfullbyrdsloven. For det første vises det til de generelle synspunktene på forholdet til TRIPS-avtalen artikkel 50 når det gjelder detaljer i nasjonal prosesslovgivning, jf. punkt 4 ovenfor. For det andre er TRIPS-avtalen artikkel 50 nr. 7 taus når det gjelder betydningen av saksøkerens forhold på andre punkter enn de som er nevnt i bestemmelsen. Bestemmelsen taler om «passende erstatning». Det må gi rom for en viss nærmere regulering av ansvarsgrunnlaget i lovs form.

6 Økonomiske og administrative konsekvenser

Lovendringsforslaget vil i enkelte situasjoner medføre et bedre prosessuelt vern for materielle rettigheter. For rettighetshaveren vil dette være en fordel. Et viss økning av antall begjæringer om bevisopptak utenfor rettssak må påregnes. Den økte arbeidsbelastningen for domstolene må imidlertid antas å bli ytterst marginal.

7 Merknader til lovforslaget

Til ny § 271 a

De nye reglene om bevisopptak uten varsel til motparten er samlet i tvistemålsloven ny § 271 a som et tillegg til de alminnelige reglene om bevisopptak utenfor rettssak i §§ 267 til 271. De må forstås på denne bakgrunn.

Første ledd første punktum svarer til § 31–3 fjerdende ledd første punktum i Tvistemålsutvalgets ut-

kast til ny tvistelov. De bevis som kan sikres uten varsel til motparten dersom det er grunn til å frykte at varsel vil hindre sikringen, er «bevis for kjendsgjæringer av rettslig betydning», jf. tvistemålsloven § 267. Saksøkeren må dessuten ha rettslig interesse i bevisopptaket. Hvilke former for bevis som kan kreves opptatt, hvordan de skal opptas, og hvilken beskyttelse eventuelle taushetsbelagte opplysninger hos motparten vil ha m.m., følger av tvistemålslovens alminnelige reglene om bevis. I første punktum er det valgt en formulering som bedre enn Tvistemålsutvalgets forslag får frem at motparten skal varsles i etterhånd. Ordet «foreløpig» er utelatt som overflødig.

Annet punktum er nytt i forhold til Tvistemålsutvalgets forslag. Om bakgrunnen vises til punkt 4 ovenfor.

Dersom det av legitime grunner kan være viktig for motparten å hindre at saksøkeren gis tilgang til beviset, bør retten ikke gi saksøkeren tilgang til beviset før avgjørelsen om bevisopptaket er endelig, jf. *tredje punktum*, som svarer til § 31–3 fjerde ledd annet punktum. Bevisopptaket vil være endelig når det etter muntlig forhandling er stadfestet at det var adgang til å holde det, eller fristen for å begjære muntlig forhandling er utløpt uten at motparten har begjært det.

Etter at bevisopptaket er gjennomført, kan motparten begjære etterfølgende muntlig forhandling til prøvelse av om lovens vilkår for bevisopptak uten varsel til motparten, var oppfylt, jf. henvisningen til tvangsfullbyrdsloven § 15–10 i *fjerde punktum*. Motparten må begjære etterfølgende muntlig forhandling for å kunne hindre at saksøkeren blir gitt tilgang til beviset. Siden saksøkerens adgang til beviset er knyttet til om det foreligger en endelig avgjørelse om bevisopptaket, er motparten gitt en frist på to uker for å begjære muntlig forhandling, jf. *femte punktum*.

Bestemmelsen i *annet ledd* om saksøkerens erstatningsansvar er en tilpasning av erstatningsbestemmelsen for midlertidige forføyninger i tvangsfullbyrdsloven § 3–5. Som nevnt i punkt 4 ovenfor, bygger lovforslaget på at saksøkte bør ha et slikt vern.

I mange situasjoner vil det gi liten mening for partene å forfølge spørsmålet om det var adgang til å foreta bevisopptaket etter at det er holdt. I motsetning til tvangsfullbyrdsloven § 3–5 første ledd første punktum oppstiller derfor *annet ledd første punktum* ikke som vilkår for erstatningsplikt at bevisopptaket er opphevet eller falt bort. Siden formålet med et bevisopptak skal være å sikre bevis for

en kjensgjerning av rettslig betydning, det vil si en kjensgjerning som er av betydning for vurderingen av om et krav eller en rettighet består, er det objektive erstatningsansvaret knyttet til om bevisopptaket ville kunne tjene til å sikre et krav eller en rettighet. *Annet punktum* svarer til tvangsfullbyrdsloven § 3–5 første ledd annet punktum. Siden det i ettertid vil kunne være vanskelig å vurdere om kriteriene i annet punktum er oppfylt, kreves det at motparten forfølger spørsmålet om det var grunn til gjennomføre bevisopptak etter ny § 271 a, ved å kreve etterfølgende muntlig forhandling og eventuelt videre ved kjæremål.

Et eksempel fra immaterialrettens område kan illustrere betydningen av erstatningsreglene i annet ledd:

En varemerke innehaver har krevd bevisopptak etter ny § 271 a hos en forhandler fordi varemerke innehaveren mistenker forhandleren for å omsette varemerkeforfalskede varer. Ved bevisopptaket finner man imidlertid ikke spor av bevis for det. Det oppstår objektivt ansvar etter annet ledd første punktum dersom det skulle vise seg at saksøkeren faktisk ikke hadde rett til det aktuelle varemerket. Det oppstår ikke objektivt ansvar fordi bevisopptaket ikke avslørte inngrep i varemerket. Dersom forhandleren krever etterfølgende muntlig forhandling og det blir fastslått at det egentlig ikke var grunn til å holde bevisopptak uten varsel, vil varemerke innehaveren være erstatningsansvarlig dersom vedkommende forsettlig eller uaktsomt har gitt villedende eller uriktige opplysninger på dette punktet. Dersom det senere viser seg at bevisopptaket ga varemerke innehaveren innsyn i forretningshemmeligheter som denne senere misbruker, kan forhandleren forfølge det forholdet uavhengig av om forhandleren forfulgte spørsmålet om det var grunn til å holde bevisopptaket.

Tredje ledd første punktum svarer til § 31–3 fjerde ledd tredje punktum i Tvistemålsutvalgets utkast til ny tvistelov. Etter departementets mening bør imidlertid retten også kunne kreve sikkerhet for mulig erstatningsansvar etter annet ledd, jf. *annet punktum*. Det harmonerer best med reglene om midlertidige forføyninger i tvangsfullbyrdsloven.

Til ikrafttreldesbestemmelsen

Det foreslås at Kongen fastsetter når tvistemålsloven ny § 271 a trer i kraft. Domstolene bør informeres om endringen forut for ikrafttreldelsen.

Justis- og politidepartementet

tilrår:

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak).

Vi HARALD, Norges Konge,

stadfester:

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak) i samsvar med et vedlagt forslag.

Forslag

til lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)

I

I lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål skal i kapittel 20 ny § 271 a lyde:

Dersom det er grunn til å frykte for at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres, kan retten treffe avgjørelse om at bevisopptak skal holdes før motparten varsles. Verken motparten eller allmennheten skal gjøres kjent med saken inntil bevisopptaket er holdt eller mer enn seks måneder har gått siden saken ble avsluttet. Den som har fremsatt begjæringen, bør ikke gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig, dersom det kan være viktig for motparten å hindre det. Tvangsfullbyrdesloven § 15–10 gjelder tilsvarende. Fristen for å begjære muntlig forhandling er to uker fra avholdelsen er meddelt.

Dersom det viser seg at den som fremsatte begjæringen, ikke har et krav eller en rettighet som

bevisopptaket kunne tjene til å sikre, plikter vedkommende å erstatte den skade motparten har lidt som følge av bevisopptaket. Det samme gjelder dersom det etter etterfølgende muntlig forhandling viser seg at begjæringen om bevisopptak etter paragrafen her 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 bevisopptaket.

Retten kan stille som vilkår for avholdelse av bevisopptaket at den som har fremsatt kravet dekker eller stiller sikkerhet for de omkostninger som påløper. Retten kan også stille som vilkår at det stilles slik sikkerhet som retten fastsetter for mulig erstatning til motparten.

II

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer.
