



# NORGES HØYESTERETT

Den 23. mai 2006 avsa Høyesterett kjennelse i

**HR-2006-00867-A, (sak nr. 2006/90), sivil sak, kjæremål,**

Normarc Flight Inspection Systems AS (advokat Harald Hjort)

mot

Norwegian Special Mission AS (advokat Yngve von Ahnen – til prøve)

## S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Coward**: Saken gjelder kravene til spesifisering når det blir begjært sikring av bevis etter tvistemålsloven § 271 a.
- (2) Konkret gjelder saken en begjæring fra Normarc Flight Inspection System AS – i det følgende stort sett kalt Normarc – om bevissikring av datalagret materiale hos konkurrenten Norwegian Special Mission AS – i det følgende stort sett kalt Norwegian SM. Normarc utvikler, produserer og selger produkter for kalibrering og kontroll av innflygningsinstrumenter til flyplasser, og tilbyr dessuten vedlikehold og oppgradering av tidligere leverte produkter. Normarcs produkter er utviklet over mange år. Sommeren 2003 ble alle de ansatte permittert 50 prosent fordi selskapet ikke hadde noen ordretilgang.
- (3) I august 2003 ble Norwegian SM stiftet. Stifterne var to tidligere ansatte hos Normarc og dessuten selskapet Sundt AS. Høsten 2003 ansatte Norwegian SM elleve nye medarbeidere som alle tidligere hadde vært ansatt hos Normarc. Norwegian SMs virksomhet omfatter samme type produkter som Normarcs, slik at de to selskapene konkurrerer på det samme markedet.
- (4) Normarc fikk etter hvert mistanke om at én eller flere ansatte i Norwegian SM hadde kopiert og tatt med seg fra Normarc datalagret materiale. Ibas AS ble engasjert av Normarc til en analyse av om materiale fra Normarc var blitt kopiert. Etter at Ibasrapporter tydet på at dette var tilfellet, satte Normarc 2. september 2004 frem begjæring til Oslo tingrett om bevissikring hos Norwegian SM etter tvistemålsloven § 271

a, det vil si uten at Norwegian SM ble varslet før gjennomføringen. Etter påstanden skulle bevissikringen foretas "hos Norwegian Special Mission AS, Dronningen 1, 0287 Oslo, og i selskapets kontorer på Gardermoen flyplass". Tingretten tok begjæringen til følge i kjennelse 13. september 2004, der slutningen lyder slik:

- "1. Det foretas bevissikring hos Norwegian Special Mission AS.
  - 2. Gjennomføringen av bevissikringen skjer ved bistand av namsmannen og slik at Norwegian Special Mission AS pålegges å gi namsmannen med medhjelpere tilgang til sine lokaler i Dronningen 1. 0287 Oslo, og i selskapets lokaler på Gardermoen flyplass for å speilkopiere alt materiale på selskapets servere, Cder, tapes og andre lagringsmidler, på arbeidsstasjonene til Tom Sverstad, Erik Tøgersen, Jostein Trones og Erling Grønbeck, samt alle backupfiler fra august 2003 til august 2004.
- Norwegian Special Mission AS pålegges å stille sin it, og/eller nettverksansvarlige til rådighet for å assistere ved kopieringen.
- Det kopierte materiale registreres og deponeres hos namsmannen. Normarc Flight Inspection Systems AS gis ikke tilgang til materialet før avgjørelsen er endelig.
- 3. Norwegian Special Mission AS betaler kr 40 840,- som inkluderer rettsgebyret, i saksomkostninger til Normarc Flight Inspection Systems AS innen 2 – to – uker etter forkynnelse av denne kjennelse.
  - 4. Partene og enhver annen som rammes kan ved henvendelse til Oslo tingrett, Postboks 8032 Dep, 0030 Oslo, innen 14 – fjorten – dager fra forkynnelsen av kjennelsen, begjære etterfølgende muntlig forhandling."

- (5) Namsmannen gjennomførte bevissikringen hos Norwegian SM ved at alt datamaterialet i lokalet på Gardermoen som var omfattet av kjennelsen, ble speilkopiert. Speilkopiering går kort forklart ut på å bruke et spesielt utviklet dataprogram til å kopiere alle data som finnes på ett medium, over på et annet medium. Et medium brukes da om en hvilken som helst bærer av digital informasjon, for eksempel en harddisk, en diskett, en CD-ROM eller en mobiltelefon. – Det speilkopierte materialet blir fortsatt oppbevart hos namsmannen.
- (6) Norwegian SM satte 29. september 2004 frem begjæring om muntlig forhandling etter tvistemålsloven § 271 a første ledd. I januar 2005 tok Normarc ut stevning mot Norwegian SM og fem ansatte der for brudd på markedsførings- og åndsverksloven, med krav om pålegg om å levere tilbake og stanse all ulovlig bruk av materiale som tilhører Normarc, og om erstatning. Tingretten opphevet i kjennelse 11. februar 2005 den tidligere kjennelsen om bevissikring. Slutningen lyder slik:

- "1. Oslo tingretts kjennelse av 13. september 2004 oppheves og det kopierte materialet tilbakeleveres til Norwegian Special Mission AS.
- 2. Normarc Flight Inspection Systems AS frifinnes for kravet om erstatning.
- 3. Hver av partene dekker sine egne omkostninger."

- (7) Tingretten mente at det var fare for bevisforspillelse hvis materialet ikke ble sikret, og at både praktiske hensyn og hensynet til et materielt riktig resultat i den underliggende tvisten kunne tale for å opprettholde speilkopieringen med sikte på videre søk. Men

tingretten mente at opprettholdelse av bevissikringen ville innebære at det ikke ble stilt noe krav til spesifisering, og at det ikke er rettslig adgang til slik uspesifisert bevissikring.

- (8) Normarc påkjærte kjennelsen til Borgarting lagmannsrett og begjærte oppsettende virkning av kjæremålet, noe som ble gitt. For lagmannsretten fremsatte Normarc også en subsidær og en atter subsidær påstand, med sikte på å spesifisere kravet om bevissikring. Lagmannsretten stadfestet tingrettens kjennelse i kjennelse 29. november 2005, der slutningen lyder slik:

**”1. Tingrettens kjennelse av 11. februar 2005 stadfestes.**

**2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Normarc Flight Inspection Systems AS til Norwegian Special Mission AS kr. 140 000 – hundreogførtitusen – med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd, første punktum, innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne kjennelsen.”**

- (9) Lagmannsretten la til grunn at det må gjelde et krav til spesifisering som vilkår for bevissikring etter tvistemålsloven § 271 a, at dette kravet er det samme som ved plikten til å legge frem dokumentbevis etter § 253, og at kravet ikke var oppfylt slik den opprinnelige begjæringen var utformet. Lagmannsretten mente videre at kravet til spesifisering må være oppfylt før namsmannen foretar bevissikring, og retten tok derfor ikke stilling til om de subsidiære påstandene tilfredsstilte spesifiseringskravet.
- (10) Normarc har påkjært lagmannsrettens kjennelse til Høyesteretts kjæremålsutvalg, og lagmannsretten har gitt kjæremålet oppsettende virkning. Norwegian SM påkjærte beslutningen om oppsettende virkning, men dette kjæremålet ble forkastet ved kjæremålsutvalgets kjennelse 16. februar 2006.
- (11) Normarcs kjæremål gjelder lagmannsrettens lovtolkning og saksbehandling. Kjæremålsutvalget har besluttet at kjæremålssaken skal avgjøres av Høyesterett etter reglene i lov 25. juni 1926 nr. 2 § 6 andre ledd, og justitiarius har bestemt at partsforhandling skal skje etter reglene for ankesaker.
- (12) Den kjærende part – *Normarc Flight Inspection System AS* – har i korte trekk anført:
- (13) Lagmannsrettens lovtolkning er for det første uriktig når retten uttaler at kravet til spesifisering i tvistemålsloven § 253 gjelder fullt ut også etter § 271 a. Det må kreves en viss spesifisering også ved begjæringer om bevissikring, men på et annet nivå enn når det gjelder begjæringer om innsyn. Kravet til spesifisering må avpasses etter mulighetene for å spesifisere, og reelle hensyn tilsier at kravet er vesentlig mindre strengt på bevissikringsstadiet enn på innsynsstadiet. På bevissikringsstadiet er det dommeren som er adressat for begjæringen – den skal gi dommeren grunnlag for å treffe en beslutning.
- (14) Elektronisk lagret materiale er typisk flyktig, lett å slette og å kopiere, og det er et særlig behov for bevissikring, med speilkopiering som en praktisk fremgangsmåte. Det følger av alminnelige bevisbyrdeprinsipper at plikten til å foreta spesifisering må legges på den parten som i praksis kan foreta slik spesifisering av materialet, det vil her si Norwegian SM. Loven må tolkes slik at det er lavere, ikke høyere, terskel for bevissikring jo mer massivt motpartens rettsbrudd fremstår som. Lagmannsrettens tolkning av spesifiseringskravet tilfredsstiller ikke vilkårene om ”raske og effektive midlertidige

tiltak” i artikkel 50 i TRIPS-avtalen, som tvistemålsloven § 271 a bygger på. Ved den etterfølgende sorteringen og tilretteleggingen av materialet kan man tenke seg at retten sorterer, eller at det gjøres av andre. Det Normarc ber om, er en domstolledet granskning, der det sikrete materialet blir gjennomgått av en sakkyndig.

- (15) Det er for det andre uriktig lovtolkning når lagmannsretten mener at spesifisering må være foretatt før namsmannens sikringsforretning. Det følger av alminnelige prosessforutsetninger at en domstol skal forholde seg til faktum slik det er opplyst for domstolen. Dette kommer også til uttrykk i tvangsfullbyrdelsesloven § 15-10, som tvistemålsloven § 271 a viser til. At det er adgang til å supplere med bevis og anførsler i kjæremålsomgangen, fremgår indirekte av tvistemålsloven § 401.
- (16) Lagmannsrettens uriktige lovtolkning på dette punktet har ført til den saksbehandlingsfeilen at retten ikke har vurdert om de subsidiære påstandene tilfredsstiller kravet til spesifisering. Lagmannsretten har heller ikke vurdert alternative løsninger som kunne ivareta bevissikringsbehovet, og som det ville ligge innenfor rettens kompetanse å beslutte etter tvangsfullbyrdelsesloven § 15-10 annet ledd.
- (17) Både tingretten og lagmannsretten har tolket loven feil, og det hensiktsmessige må være at begge kjennelsene oppheves og saken henvises til fortsatt behandling i tingretten, som behandler den underliggende saken, berammet til november i år.
- (18) Normarc Flight Inspection System AS har lagt ned slik påstand:
  - ”1.        **Borgarting lagmannsretts kjennelse av 30.11.2005 og Oslo tingretts kjennelse av 11.02.2005 oppheves og saken hjemvises til fortsatt behandling i tingretten.**
  2.        **Normarc Flight Inspection Systems AS tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten og Høyesterett, med lovens rente fra forfall til betaling skjer.”**
- (19) Kjæremålsmotparten – *Norwegian Special Mission AS* – har i korte trekk anført:
- (20) Lagmannsretten har bygd på en riktig lovtolkning i sakens hovedspørsmål, og kjennelsesgrunnene er ikke mangelfulle.
- (21) Normarcs prinsipale påstand innebærer et ikke spesifisert, altomfattende generalbeslag, som vil innebære et alvorlig brudd på den saksøktes rettssikkerhetsgarantier. Etter tvistemålsloven § 271 a er det ”beviset” som skal sikres, og lagmannsretten har tolket loven riktig når den har krevd en spesifisering av de bevisene man vil sikre. Lovforarbeidene viser at de alminnelige krav til spesifisering gjelder, og det kan dermed ikke kreves sikring av bevis som den saksøkte ikke vil ha plikt til å legge frem. Normarcs syn ville innebære at Norwegian SM stilles dårligere enn om selskapet hadde hatt konkurransemyndighetene som motpart.
- (22) At et slikt spesifiseringskrav stilles i norsk rett, er klart ikke i strid med TRIPS-avtalen.
- (23) Normarc forsøker å legge bevisbyrden over på Norwegian SM og snur prosessordningen på hodet ved å hevde at Norwegian SM må spesifisere hva som ikke kan utleveres. Normarc forsøker også å innføre en generell etterforskningshjemmel for private parter i sivile saker. De alternative løsningene som er skissert av Normarc, innebærer en

domstolledet granskning av Norwegian SM, noe som er ukjent i norsk rett, og som ikke kan ha vært lovgiverens hensikt med tvistemålsloven § 271 a.

- (24) Lagmannsretten har også tolket loven riktig når den er kommet til at spesifiseringen av hva som begjæres sikret, må være foretatt før namsmannen sikrer bevisene. De saksøkte må vite hva de skal forsvare seg mot; ellers vil de i praksis alltid bli nødt til å kreve muntlige forhandlinger. Etterfølgende forsøk på spesifisering kan altså ikke avhjelpe mangelen, og det er derfor ikke noen feil at lagmannsretten ikke har drøftet om Normarcs subsidiære påstander tilfredsstiller kravene til spesifisering.
- (25) Hvis Høyesterett skulle komme til at lagmannsrettens kjennelse må oppheves, er det ikke grunnlag for å oppheve også tingrettens kjennelse.
- (26) Norwegian Special Mission AS har lagt ned slik påstand:
- ”1.        **Kjæremålet forkastes.**
2.        **Norwegian Special Mission AS tilkjennes saksomkostninger for tingretten og Høyesterett med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd, første punktum fra 2 uker etter forkynnelsen av Høyesteretts kjennelse til betaling skjer.”**
- (27) *Mitt syn på saken*
- (28) Saken gjelder et kjæremål over lagmannsrettens avgjørelse av et kjæremål, og Høyesteretts kompetanse er, på samme måte som kjæremålsutvalgets, begrenset etter tvistemålsloven § 404 første ledd. Kjæremålet gjelder først og fremst lagmannsrettens tolkning av tvistemålsloven § 271 a, noe Høyesterett kan prøve. Første ledd i denne bestemmelsen lyder slik :
- ”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. Tvangsfullbyrdelsesloven § 15-10 gjelder tilsvarende. Fristen for å begjære muntlig forhandling er to uker fra avholdelsen er meddelt.”
- (29) Jeg ser først kort på bakgrunnen for tvistemålsloven § 271 a. Denne bestemmelsen om bevisopptak uten varsel til motparten trådte i kraft 1. juli 2004. Den er et tillegg til de alminnelige reglene om bevisopptak utenfor rettssak i kapittel 20 og må forstås på bakgrunn av det, se Ot.prp. nr. 33 for 2003–2004 side 7.
- (30) Det følger av tvistemålsloven § 267 at bevisopptak kan foretas utenfor rettssak når det er grunn til å frykte for at bevis for kjensgjerninger av rettslig betydning ellers ville gå tapt, eller at det ville bli særlig vanskelig å føre beviset. Videre følger det av § 271 første ledd at de alminnelige reglene om bevisopptak utenfor hovedforhandling gjelder så langt de passer. Etter § 270 andre ledd skal motparten, hvis motparten er kjent, høres før retten treffer kjennelse om bevisopptak. Plikten gjelder ikke hvis det er ”fare ved ophold”. I Rt. 2000 side 1261 kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at denne bestemmelsen ikke gir adgang til bevisopptak uten varsel fordi man frykter for at den som sitter med beviset, kan ødelegge det hvis begjæringen gjøres kjent. Lovgiveren kom til at bestemmelsen, med

denne tolkningen, ikke var tilstrekkelig til å oppfylle en forpliktelse etter TRIPS-avtalen – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, en avtale som er en del av WTO-avtalen som Norge ratifiserte 7. desember 1994, og som trådte i kraft 1. januar 1995. – Selv om dette var bakgrunnen for å vedta § 271 a, og TRIPS-avtalen bare gjelder på immaterialrettens område, er det på det rene at bestemmelsen gir en generell adgang til bevisopptak utenfor rettssak uten varsel til motparten hvis vilkårene er oppfylt.

- (31) Vår sak reiser to hovedspørsmål om tolkningen av tvistemålsloven § 271 a – hvilket krav stiller bestemmelsen til spesifisering av det som skal bevissikres, og på hvilket tidspunkt må spesifiseringen være gjort?
- (32) Jeg er kommet til at lagmannsretten har bygd på en uriktig tolkning av loven når det gjelder det siste av disse spørsmålene. Som det har gått frem, mener lagmannsretten at spesifiseringen må foreligge før namsmannen sikrer bevisene, slik at Normarcs senere spesifiseringer i de subsidiære påstandene for lagmannsretten er uten betydning.
- (33) Til støtte for denne forståelsen av loven har Norwegian SM vist til en uttalelse i lovforarbeidene – Ot.prp. nr. 33 for 2003–2004 – der det heter at "[e]tter 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". Det anføres at formen "var" oppfylt innebærer at det avgjørende er tidspunktet for sikringen av beviset. Jeg kan ikke se at dette er holdbart; det er å legge for mye i fortidsformen, og det samsvarer dårlig både med alminnelige rettergangsregler og mer spesielt med henvisningen i § 271 a til tvangsfullbyrdsloven § 15-10. Der heter det nemlig i andre ledd at retten "kan helt eller delvis stadfeste, endre eller oppheve sin første beslutning", og rettens adgang til å "endre" den første beslutningen tyder på at innholdet av den opprinnelige begjæringen ikke er det eneste avgjørende. Også i kjæremålsadgangen for lagmannsretten må det – ut fra alminnelige regler – være adgang til å foreta en nærmere spesifisering eller begrensning av begjæringen. Riktignok er det ved kjæremål ikke gitt slike lovregler om adgangen til å endre påstanden som ved anke – tvistemålsloven §§ 366 til 368 – men det er lagt til grunn at disse bestemmelsene gir veiledning, slik at endringer også i kjæremålssaker kan gjøres innen rammen av saken, se Schei: Tvistemålsloven med kommentarer, 2. utgave side 1076 og Skoghøy: Tvistemål, 2. utgave side 974.
- (34) Når jeg etter dette er kommet til at lagmannsretten har tolket loven uriktig i spørsmålet om når spesifisering må være foretatt, må kjennelsen oppheves, og det er ikke nødvendig for meg å ta stilling til hva som nærmere ligger i kravet til spesifisering. Jeg ser det likevel som naturlig å kommentere dette spørsmålet kort.
- (35) Jeg nevner først at også Normarc er enig i at det gjelder et visst krav til spesifisering, og at spørsmålet er hvor strengt kravet er. Lagmannsretten gir uttrykk for at kravet er det samme som når det gjelder plikten etter tvistemålsloven § 253 til å gi innsyn i dokumenter. Første ledd i denne bestemmelsen sier at "[n]aar en part forlanger, at et skriftlig bevis skal fremlægges, skal han saavidt mulig opgi indholder av det og selv fremlægge en avskrift, om han har nogen". Etter mitt syn er det ikke riktig uten videre å stille de samme kravene ved begjæring om bevissikring etter § 271 a som ved begjæring om innsyn. Jeg peker først på det forbeholdet som ligger allerede i § 253 – plikten til å oppgi innholdet gjelder "saavidt mulig".

- (36) 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.
- (37) 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. Etter omstendighetene vil det også kunne være nødvendig å få oppnevnt en sakkyndig for å få skilt ut det materialet som det kan være grunnlag for å sikre og gi tilgang til.
- (38) Lagmannsrettens kjennelse må som nevnt oppheves på grunn av uriktig lovtolkning. Den samme tolkningsfeilen foreligger ikke i tingrettens kjennelse. Praktiske hensyn taler imidlertid for at den videre saksbehandlingen skjer i tingretten, der den underliggende saken skal behandles senere i år. Slik saken ligger an, er jeg derfor kommet til at også tingrettens kjennelse bør oppheves, og saken henvises til behandling der.
- (39) Kjæremålet har ført frem, og Normarc har krevd saksomkostninger for lagmannsretten og Høyesterett. Saken har imidlertid reist prinsipielle spørsmål som ikke tidligere har vært behandlet for Høyesterett, og jeg er kommet til at saksomkostninger ikke bør tilkjennes.
- (40) Jeg stemmer etter dette for denne

#### K J E N N E L S E :

1. Tingrettens og lagmannsrettens kjennelser oppheves, og saken hjemvises til fortsatt behandling i tingretten.
2. Saksomkostninger for lagmannsretten og Høyesterett tilkjennes ikke.

- (41) Kst. dommer **Kaasen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (42) Dommer **Tønder:** Likeså.
- (43) Dommer **Lund:** Likeså.
- (44) Justitiarius **Schei:** Likeså.

(45) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Tingrettens og lagmannsrettens kjennelser oppheves, og saken hjemvises til fortsatt behandling i tingretten.
2. Saksomkostninger for lagmannsretten og Høyesterett tilkjennes ikke.