



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Uvarslet bevissikring utenfor rettssak i motpartens hjem og kontorlokaler

En vurdering av gjeldende regulering i lys av Grunnloven § 102 og EMK art. 8

Emma Bolette Opdahl

Masteroppgave i Rettsvitenskap - JUR-3902 - mai 2024

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Tema og problemstilling.....	3
1.2	Metode.....	5
1.3	Presiseringer og avgrensinger.....	7
1.4	Videre fremstilling.....	8
2	Materielle vilkår og særtrekk ved bevissikring utenfor rettsak	9
2.1	Innledning.....	9
2.2	Gangen i en bevissikringssak	9
2.3	Materielle vilkår for bevissikring utenfor rettsak uten forhåndsvarsel av motparten	11
2.3.1	Innledning.....	11
2.3.2	Grunnvilkåret – "kan få betydning i en tvist".....	12
2.3.3	Tilleggsvilkåret – "nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket".....	14
2.3.4	Vilkårene for at bevissikringen skal skje uten forhåndsvarsel.....	16
2.3.5	Vurderingen av om bevissikringen er forholdsmessig.....	17
2.4	Bevissikringsreglenes særegenheter og begrunnelse.....	19
2.5	Bevissikringsregelens forhold til bevisstilgangsreglene i tvisteloven kapittel 26	22
3	Er det tillatt å gjennomføre uvarslede bevissikringer i motpartens hjem og kontorlokaler, jf. Grl. § 102 første ledd annet punktum?	23
3.1	Innledning.....	23
3.2	Regnes bevissikring i motpartens lukkede rom som en forbudt husransakelse etter Grl. § 102 første ledd annet punktum?.....	24
3.2.1	Kommer forbudet mot husransaker til anvendelse i sivile saker?	24
3.2.2	I hvilke tilfeller er husundersøkelser forbudt i sivile saker?	26
3.3	Hvilke lokaler omfattes av forbudet i Grl. § 102 første ledd annet punktum?	31

4	Tilfredsstillere reglene om gjennomføring av bevissikring kravene i EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102?.....	34
4.1	De materielle vilkårene for inngrep i retten til privatliv.....	34
4.2	Hvilke krav stilles til hjemmelen for gjennomføring av bevissikring, jf. EMK art. 8 nr. 2 "in accordance with the law"?.....	35
4.3	Er reglene om bevissikring utenfor rettssak i samsvar med lovkravet i EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102?.....	39
4.3.1	Innledning.....	39
4.3.2	Oppfyller tvistelovens saksbehandlingsregler kravet om klarhet og tilgjengelighet?.....	39
4.3.3	Kan reglene i tvangsfullbyrdelsesloven benyttes som presiserende regler for å oppfylle kravet om klarhet og tilgjengelighet?	42
4.3.4	Oppfyller Namsmannens interne retningslinjer kravene til klarhet og tilgjengelighet?.....	47
5	Avsluttende betraktninger	48
6	Kilderegister	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingen er tematisk plassert i tvisteloven (tvL.) kapittel 28 som gjelder bevissikring utenfor rettssak.¹ Bevissikring er et virkemiddel som hører under bevisreglene i tvistelovens femte del. Disse reglene åpner for å innhente bevis *før* sak er reist for domstolene.² Ofte sikres bevisene i kontorlokalet eller hjemme hos den som sitter med bevisene, noe som innebærer inngrep i den private sfære. Inngrep i den private sfære nyter både et vern etter Grunnloven (Grl.) § 102 og EMK art. 8.³ Adgangen til bevissikring i hjem og kontorlokaler kan derfor være begrenset. Avhandlingens problemstilling er dermed om gjeldende regelverk for bevissikring utenfor rettssak er i tråd med Grl. § 102 og EMK art. 8.

Avhandlingens problemstilling aktualiserer seg kun i en bevissikringssituasjon. Bevissikringssituasjonen må derfor forklares innledningsvis.⁴ Bevissikringssaker kan stå mellom to eller flere parter, men i avhandlingen vil det kun være tale om to parter. Partene er den begjærende parten, altså den som begjærer bevissikringen, og den bevissikringen rettes mot, heretter omtalt som motparten. Videre aktualiseres avhandlingens problemstilling kun ved *gjennomføring* av uvarslet bevissikring utenfor rettssak. Derfor må vilkårene for bevissikring være oppfylt, jf. tvL. §§ 28-2 og 28-3 fjerde ledd.⁵

Vilkårene for bevissikring i tvL. § 28-2 er oppfylt når en frykter at motparten vil forspille bevis som kan få betydning i en fremtidig tvist eller det av andre grunner er særlig viktig å sikre bevisene.⁶ Avhandlingen knytter seg til den førstnevnte situasjonen, altså bevissikring ved fare for bevisforspillelse. For at sikringen skal gjøres uten forhåndsvarsel må også vilkårene i tvL. § 28-3 fjerde ledd være oppfylt. Vilkårene er oppfylt når det er grunn til å tro

¹ Se lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvL.)

² Jf. ordlyden "utenfor rettssak" i tvL. § 28-1.

³ Se Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen - EMK), som er gjennomført i norsk rett gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 3, jf. 2.

⁴ En grundig redegjørelse av gangen i en bevissikringssak gjøres i avhandlingens kapittel 2.2.

⁵ De materielle vilkårene for bevissikring redegjøres for i avhandlingens kapittel 2.3.

⁶ Jf. tvL. § 28-2.

at motparten vil hindre bevissikringen.⁷ Først når disse vilkårene er oppfylt kan bevisene innhentes i motpartens hjem og kontorlokaler uten forhåndsvarsel.

Ved at bevissikringsreglene åpner for å innhente bevis før tvistesaken, bidrar reglene til å sikre sakens opplysning.⁸ Dette er viktig fordi det setter domstolene i stand til å treffe materielt riktige avgjørelser basert på et korrekt faktum.⁹ Siden reglernes overordnede formål er å fremme materielt riktige avgjørelser ivaretar bevisreglene tvistelovens overordnede formål i tvl. § 1-1, som er å sørge for en rettferdig, effektiv og tillitsskapende saksbehandling.¹⁰ Likevel må "Idealet om bevisregler som helt ut sikrer et fullstendig bevisgrunnlag og en korrekt bevisbedømmelse, (...) i noen grad vike for andre hensyn som også er viktige å ivareta i prosessen."¹¹ Det er nettopp denne avveiningen som er førende for behandlingen av avhandlingens problemstilling.

Problemstillingen vil besvares gjennom to underproblemstillinger. Avhandlingens første underproblemstilling er om det er tillatt å gjennomføre uvarslede bevissikringer i fysiske og juridiske personers hjem og kontorlokaler, jf. Grl. § 102 første ledd annet pkt. Ofte er motparten samarbeidsvillig ved gjennomføringen av bevissikring i sine lukkede rom.¹² Det hender imidlertid at motparten ikke samarbeider ved gjennomføringen av bevissikringen, hvilket er forutsetningen for avhandlingen. I disse tilfellene vil bevissikringen avhenge av en gjennomlysning av lokalene hvor bevisene er begjært sikret. Da det foretas en gjennomlysning av motpartens lukkede rom kan det tenkes at forbudet mot husransaker i Grl. § 102 kommer til anvendelse. Avhandlingens første underproblemstilling innebærer derfor en vurdering av om slike bevissikringssituasjoner er forbudte eller tillatte, jf. Grl. § 102 første ledd annet pkt.

Den andre underproblemstillingen er om gjeldende regelverk for uvarslet gjennomføring av bevissikring i fysiske og juridiske personers hjem og kontorlokaler møter kravene i Grl. § 102

⁷ Jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd.

⁸ Jf. NOU 2001:32 A Rett på sak s. 454.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Det vises til samtale med fagansvarlig for bevissikring i Oslo, Asker og Bærum 29.02.2024.

første ledd første pkt. og EMK art. 8 nr. 2.¹³ Siden bevissikring utenfor rettssak i motpartens hjem og kontorlokaler er et inngrep i retten til privatliv,¹⁴ er inngrepet kun lovlig hvis vilkårene i EMK art. 8 nr. 2 er oppfylt. Inngrepet må derfor ha hjemmel i lov, være forholdsmessig og ha et legitimt formål.¹⁵ For å besvare avhandlingens andre underproblemstilling må det følgelig foretas en vurdering av om reglene for gjennomføring av bevissikring utenfor rettssak er i tråd med kravene som stilles i Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 2.¹⁶ Dersom bevissikringsreglene ikke møter disse kravene er praksisen for gjennomføring av bevissikring utenfor rettssak i strid med Grl. § 102 og EMK art. 8.

1.2 Metode

Avhandlingens problemstilling vil besvares ved hjelp av en rettsdogmatisk metode. Med rettsdogmatisk metode menes en analyse av hvordan retten *er*, og ikke hvordan den *burde* være.¹⁷ Dette innebærer at analysene vil bygge på alminnelige rettskilder og rettskildeprinsipper. Jeg vil derfor ta utgangspunkt i norsk lov og supplere tolkningen med andre rettskilder, som forarbeider og rettspraksis fra norske domstoler. I tillegg vil jeg tolke EMK i tråd med folkerettslige prinsipper for traktatolkning,¹⁸ samt supplere tolkningen med avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).

I avhandlingen skal jeg tolke Grl. § 102. Ved tolkningen av grunnlovsbestemmelser som gir "vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet" skal "grunnlovens gjennomslagskraft (...) være betydelig".¹⁹ Det innebærer at ordlyden i Grl. § 102 skal

¹³ Norge er også forpliktet til å respektere privatlivet etter International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966 (entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter - SP) art. 17. SP art. 17 vurderes ikke selvstendig da det legges til grunn at vernet i SP art. 17 tilsvarer EMK art. 8, jf. Alf Petter Høgberg og Njål Høstmælingen, "*Grunnlovsfesting av retten til privatliv?*", Jussens Venner 2010/2, s. 99

¹⁴ Jf. Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 1.

¹⁵ En nærmere redegjørelse av det materielle innholdet i EMK art. 8 nr. 2 gjøres i avhandlingens kapittel 4.

¹⁶ Se avhandlingens kapittel 4.3.

¹⁷ Jf. Marius Stub, "*Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*", Universitetsforlaget (2011), s. 438.

¹⁸ Ved tolkningen av EMK benyttes tolkningsprinsippene i Wien-konvensjonen 23. mai 1969 om traktatretten art. 31-33. Konvensjonen er ansett som alminnelig folkerett noe som betyr at tolkningsprinsippene er bindende, selv om konvensjonen ikke er ratifisert av Norge, jf. NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter s. 87.

¹⁹ Jf. Rt. 1976 s. 1 A (s.5-6) *Kløfta* og gjentatt i HR-2021-655-P pkt. 3.10.

tillegges betydelig vekt ved tolkningen. Grunnloven § 102 tolkes selvstendig ved vurderingen av forbudet mot husransaker i bestemmelsens første ledd annet pkt.²⁰

Når det gjelder Grl. § 102 første ledd første pkt. vil bestemmelsen tolkes i lys av den tilsvarende regelen i EMK art. 8.²¹ Grunnloven § 102 og EMK art. 8 er langt på vei sammenfallende. Reglene innehar også de samme materielle begrensningene for inngrep, selv om begrensningene ikke fremgår eksplisitt av Grl. § 102.²² Siden de materielle vilkårene for inngrep følger eksplisitt av EMK art. 8 nr. 2 vil reglene behandles samlet med utgangspunkt i EMK art. 8.²³

En annen metodisk særegenhet med avhandlingen, er en aktiv bruk av avgjørelser fra underrettene. Dette er fordi bevissikringssaker sjeldent behandles av Høyesterett,²⁴ noe som innebærer at det er begrenset med avklarende rettspraksis på området. Jeg har derfor benyttet en rekke avgjørelser fra lagmannsrettene, samt publiserte og upubliserte avgjørelser fra tingrettene. I avhandlingen vil jeg ofte vise til flere avgjørelser som har tolkningsuttalelser som trekker i samme retning. Dette gjøres fordi enkeltuttalelser fra underrettene har lav rettskildemessig vekt.²⁵ Likevel er det grunn til å tillegge disse uttalelsene større vekt dersom uttalelsene følges opp i senere underrettsavgjørelser.²⁶ At dette øker den rettskildemessige vekten underbygges av hensynene til likebehandling og forutberegnelighet. I det følgende vil underrettsavgjørelsene benyttes som tolkningsbidrag ved forståelsen av bevissikringsreglene.

Videre har bevissikringsreglene sparsomme forarbeidsuttalelser og reglene er heller ikke viet mye plass i juridisk teori. Derfor vil rettskilder som reelle hensyn, systembetraktninger og tilgrensende lovregler benyttes aktivt for å besvare oppgavens problemstilling.

I avhandlingen vil det henvises til beskrivelser av faktiske omstendigheter ved gjennomføringen av bevissikring utenfor rettssak. Gjennomføringen er i liten grad beskrevet i

²⁰ Se avhandlingens kapittel 3.

²¹ Menneskerettighetsbestemmelsene i Grl. kap. E er utformet med henblikk på menneskerettighetene i EMK, jf. HR-2016-2554-P *Holship* avs. 81 med videre henvisninger til Rt. 2015 s. 93 A *Maria* avs. 57 og 60.

²² Jf. blant annet HR-2018-104-A og HR-2018-699-A.

²³ De materielle vilkårene for inngrep behandles i avhandlingens kapittel 4.

²⁴ Basert på søk i Lovdata gjort 16. april 2024 er det 6 avgjørelser fra Høyesterett om tvl. kapittel 28.

²⁵ Jf. Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli, "*Fra lov til Rett*", Gyldendal (2017), s. 256.

²⁶ *Ibid.*

rettskildene. Derfor vil beskrivelsene i avhandlingen basere seg på et telefonmøte jeg hadde med faglig ansvarlig for bevissikring utenfor rettssak i Oslo, Asker og Bærum 29. februar 2024. I tillegg fikk jeg tilsendt deres interne retningslinjer for gjennomføring bevissikring utenfor rettssak,²⁷ som jeg også benytter aktivt i avhandlingen.²⁸ Med unntak av kapittel 4.3.3 vil retningslinjene utelukkende benyttes som en kilde til faktaopplysninger.²⁹ Informasjonen fra telefonmøtet og retningslinjene benyttes altså ikke som rettskilder.

1.3 Presiseringer og avgrensinger

Avhandlingens problemstilling krever enkelte avgrensninger og presiseringer. Først presiseres det at avhandlingen bare gjelder bevissikring som ikke er forhåndsvarslet. Dette innebærer at jeg i det følgende adresserer bevissikring uten forutgående varsel, selv om det ikke alltid fremgår eksplisitt. Når jeg omtaler bevissikring med forhåndsvarsel vil det tydeliggjøres. I tillegg gjelder problemstillingen bare sikring av realbevis,³⁰ men begrenser seg til fysiske og elektroniske dokumenter. Personer og gjenstander som bevis faller utenfor avhandlingen.

Videre vil jeg gjøre begrensninger i hvem som er bevissikringssakens parter. Den begjærende parten kan være både en som kan bli part eller partshjelper i en eventuell tvist.³¹ Videre kan bevis begjæres sikret hos den som har de eventuelle bevisene, herunder den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot og hos tredjeparter.³² Avhandlingen avgrenses mot tilfeller hvor en potensiell partshjelper begjærer bevissikring, og mot bevissikring hos tredjeparter. Avhandlingen fokuserer derfor på bevissikring mellom partene i en eventuell tvistesak.

Det er særlig to situasjoner som gjør at en part kan ha behov for bevissikring utenfor rettssak. Den ene situasjonen er tilknyttet avhandlingens problemstilling, altså situasjonen hvor det er fare for at bevis går tapt eller svekkes hvis de ikke sikres før saken.³³ Den andre situasjonen

²⁷ De interne retningslinjene benyttes også av namsfogden i Bergen, Troms og Trøndelag, jf. privat korrespondanse nevnte namsfogder.

²⁸ Se særlig avhandlingens kapittel 2.2 om gangen i en bevissikringssak.

²⁹ Hvordan de interne retningslinjene brukes i avhandlingens kapittel 4.3.3 vil forklares der.

³⁰ Jf. tvl. § 26-1.

³¹ Jf. tvl. § 28-2.

³² Jf. forutsetningsvis tvl. § 28-3 annet ledd.

³³ Jf. NOU 2001:32 B Rett på sak s. 987.

avgrenser jeg mot fordi den gjelder bevisstilgang. Behovet for bevisstilgang oppstår i forkant av rettssaken dersom en part får "behov for å kunne vurdere sin rettslige posisjon i forhold til andre med henblikk på en aktuell rettstvist."³⁴

Oppgaven avgrenses også mot det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet i Grl. § 113. Dette er fordi lovkravet i Grl. § 113 gjelder generelt, til forskjell fra lovkravet som gjelder spesielt ved inngrep i privatlivet, jf. Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 2.

1.4 Videre fremstilling

Kapittel 2 gir en oversikt over bevissikringsinstituttet. Formålet med kapitlet er å gi en kontekst og oversikt over bevissikringssituasjonen. Kapitlet danner dermed en nødvendig forutsetning for analysen som gjøres i kapittel 3 og 4. For å få oversikt over bevissikringssituasjonen vil jeg først redegjøre for gangen i en bevissikringssak.³⁵ Deretter vil jeg redegjøre for når de materielle vilkårene for bevissikring utenfor rettssak er oppfylt, jf. tvl. §§ 28-2 og 28-3 fjerde ledd.³⁶ Dette gjøres fordi avhandlingens problemstilling aktualiseres først ved oppfyllelse av disse vilkårene. Avslutningsvis i kapitlet vil enkelte særegenheter ved bevissikringsinstituttet redegjøres for.³⁷

Hvorvidt det er adgang til å gjennomføre bevissikring i motpartens lukkede rom etter Grl. § 102 første ledd annet pkt. vil vurderes i kapittel 3. Kapittel 4 gjelder bevissikringssaker som ikke omfattes av forbudet i Grl. § 102 første ledd annet pkt. Her vil jeg redegjøre for hvilke krav som må oppfylles for at bevissikringen skal være lovlig, jf. EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102 første ledd første pkt. Det vil også vurderes om bevissikringsreglene tilfredsstillende disse kravene.

Avhandlingens kapittel 5 består av en rettspolitisk drøftelse. Drøftelsen vil basere seg på analysene som er gjort i kapittel 3 og 4. I tillegg vil jeg vurdere mulige alternativer til dagens regulering av gjennomføring av bevissikring utenfor rettssak.

³⁴ Jf. NOU 2001:32 B Rett på sak s. 987.

³⁵ Se avhandlingens kapittel 2.2.

³⁶ Se avhandlingens kapittel 2.3.

³⁷ Se avhandlingens kapittel 2.4 og 2.5.

2 Materielle vilkår og særtrekk ved bevissikring utenfor rettssak

2.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg analysere de materielle vilkårene for uvarslet bevissikring utenfor rettssak, og redegjøre for instituttets særegenheter. Formålet med kapittelet er å gi en oversikt over bevissikringsinstituttet. I kapittel 2.2 skal jeg forklare gangen i en bevissikringssak. Redegjørelsen i kapittel 2.2 danner et nødvendig bakteppe for kapittel 2.3 om de materielle vilkårene for uvarslet bevissikring i tvl. §§ 28-2 og 28-3 fjerde ledd. Deretter gjennomgås bevissikringsinstituttets bakenforliggende hensyn og særegenheter i kapittel 2.4. Til slutt vil jeg i kapittel 2.5 fremheve noen sentrale forskjeller og likheter mellom tvl. kapittel 26 og 28.

2.2 Gangen i en bevissikringssak

I det følgende skal jeg redegjøre for gangen i en bevissikringssak. Bevissikringsreglene gjelder "utenfor rettssak",³⁸ og skjer derfor tidsmessig før stevning om tvistesaken er sendt til tingretten. I forkant av en begjæring om bevissikring har partene som regel en konflikt som er kjent for begge. På grunn av konflikten har partene normalt sett kommunisert og bedt om å få bevis utlevert.³⁹ Hvis en av partene nekter å gi bevis kan det gi den andre parten et behov for å begjære bevissikring.

Det første som skjer i en sak om uvarslet bevissikring er at en fysisk eller juridisk person sender retten en begjæring om gjennomføring av bevissikring.⁴⁰ Når vilkårene i tvl. § 28-2 og § 28-3 fjerde ledd er oppfylt kan retten ta begjæringen om bevissikring til følge.⁴¹ Siden det her er tale om bevissikring uten at motparten varsles vil ikke motparten få kunnskap om den skriftlige behandlingen før bevissikringen er gjennomført.⁴²

Dersom retten tar begjæringen om bevissikring til følge angir slutningen hvor bevissikringen skal skje, og hvilke bevis som skal sikres. Forutsatt at retten tar begjæringen til følge, angis også stort sett hvordan bevissikringen skal skje, i tråd med den begjærende parten sin

³⁸ Jf. tvl. § 28-1.

³⁹ Jf. samtale med fagansvarlig for bevissikring utenfor rettssak i Oslo, Asker og Bærum.

⁴⁰ Se tvl. § 28-3 første ledd første pkt.

⁴¹ Det materielle innholdet i disse reglene redegjøres for i kapittel 2.3.

⁴² Jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd.

begjæring. Retten pålegger normalt namsmannen med medhjelpere å gjennomføre bevissikringen.⁴³ Namsmannen tolker deretter slutningen for å definere sin kompetanse før bevissikringen gjennomføres. Hvis kompetansen er uklar kontakter namsmannen dommeren som traff kjennelsen for å få klarhet i rammene.⁴⁴ Før sikringen gjennomføres, engasjerer namsmannen ofte en ekstern medhjelper til å sikre elektroniske bevis.⁴⁵ Ekstern hjelp innhentes fordi namsmannen som regel ikke innehar den tekniske kompetansen som kreves ved sikring av elektronisk lagret materiale.⁴⁶ Normalt sikres elektroniske bevis ved speilkopiering, og fysiske dokumenter skannes og kopieres.⁴⁷

Selve gjennomføringen skjer ved at namsmannen uvarslet kommer til de lokalene som er angitt i slutningen, som motpartens hjem eller kontorlokaler. Ved fremmøte i motpartens lokaler gir namsmannen informasjon om eller forkynner kjennelsen til motparten. Deretter gir namsmannen nødvendig informasjon til motparten om hvordan sikringen gjennomføres.⁴⁸ Normalt trenger namsmannen hjelp fra motparten for å sikre bevisene. Hjelpen kan innebære å gi namsmannen brukernavn og passord dersom dokumentene er lagret elektronisk. I tillegg kan motparten bistå med å lokalisere og gi tilgang til steder hvor fysiske bevis er lagret, som arkiv, rom, skuffer og safer.⁴⁹ Som regel samarbeider motparten til sikringen, men hvis motparten nekter å samarbeide kan namsmannen kan be politiet om bistand.⁵⁰

Når materialet er sikret vil bevisene registreres hos og overlates til namsmannen, uten at materialet utleveres til den begjærende parten.⁵¹ Deretter gis motparten to uker på å begjære

⁴³ Se blant annet HR-2019-439-A avs. 46, LB-2018-182040, Drammen tingretts kjennelse 18. februar 2019 (TDRAM-2019-52744), Nedre Telemark tingretts kjennelse 9. mars 2016 (TNETE-2016-65071), Sør-Rogaland Tingretts kjennelse 6. januar 2023 (22-187441TVI-TSRO/TSDN), Kristiansand tingretts kjennelse 23. november 2016 (16-188903TVI-KISA/04) og Agder tingretts kjennelse 23. mars 2022 (22-044292TVI-TAGD/TKRI).

⁴⁴ Jf. namsmannens interne retningslinjer og myndighetenes plikt til å sikre rettighetene i EMK, jf. EMK art. 1.

⁴⁵ Jf. namsmannens interne retningslinjer.

⁴⁶ Det vises til samtale med fagansvarlig for bevissikring i Oslo, Asker og Bærum og deres interne retningslinjer.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Jf. lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfyllbyrdelse (tvangsfyllbyrdelsesloven) § 5-10 og namsmannens interne retningslinjer.

⁵¹ Se blant annet LB-2018-182040, Drammen tingretts kjennelse 18. februar 2019 (TDRAM-2019-52744), Nedre Telemark tingretts kjennelse 9. mars 2016 (TNETE-2016-65071), Sør-Rogaland Tingretts kjennelse 6. januar 2023 (22-187441TVI-TSRO/TSDN), Buskerud tingretts kjennelse 8. juni 2023 (23-086845TVI-TBUS/TDRA) og Agder tingretts kjennelse 23. mars 2022 (22-044292TVI-TAGD/TKRI).

etterfølgende muntlig forhandling om bevissikringen.⁵² Begjærer ikke motparten muntlig forhandling, vil bevisene gjennomgå av en sakkyndig retten oppnevner, før de relevante bevisene utleveres til den begjærende parten.⁵³ Det samme gjelder dersom motparten begjærer etterfølgende muntlig forhandling og bevissikringskjennelsen stadfestes.⁵⁴ Hvis kjennelsen forkastes vil materialet normalt destrueres eller returneres til motparten.⁵⁵ Etter dette er bevissikringssaken rettskraftig avgjort i tingretten,⁵⁶ med mindre saken ankes.⁵⁷

2.3 Materielle vilkår for bevissikring utenfor rettsak uten forhåndsvarsel av motparten

2.3.1 Innledning

Dette kapitlet innebærer en redegjørelse av de materielle vilkårene for bevissikring utenfor rettsak. For å gjennomføre en uvarslet bevissikring utenfor rettsak må de relevante vilkårene i tvl. kapittel 28 være oppfylt. De relevante vilkårene fremgår primært av §§ 28-2 og 28-3 fjerde ledd. I tillegg må de alminnelige prosessforutsetningene og de alminnelige kravene til proporsjonalitet og spesifisering i tvl. §§ 21-8 og 26-6 være tilfredsstillt. Disse reglene vil i det følgende forutsettes å være oppfylt, og behandles derfor ikke. Dette er fordi reglene er generelle og de bidrar derfor ikke til å besvare avhandlingens problemstilling.

Tvisteloven § 28-2 lyder som følger:

Bevissikring kan 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 av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist.

Bestemmelsen inneholder et materielt grunnvilkår og to alternative tilleggsvilkår.

Grunnvilkåret og ett av tilleggsvilkårene må være oppfylt for at bevissikring skal kunne

⁵² Se tvl. § 28-3 fjerde ledd tredje og femte pkt.

⁵³ Jf. Maria Astrup Hjort, "Tilgang til bevis i sivile saker – Særlig om digitale bevis", Universitetsforlaget (2016) s. 202.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Jf. namsmannens interne retningslinjer.

⁵⁶ Jf. tvl. §§ 19-15, jf. 29-5.

⁵⁷ Se tvl. kapittel 29 og 30.

innvilges.⁵⁸ I det følgende vil jeg behandle grunnvilkåret "kan få betydning i en tvist" og tilleggsvilkåret "nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket" i nevnt rekkefølge. Det andre tilleggsvilkåret knytter seg til tilfeller hvor bevissikring er begjært av andre grunner enn frykten for bevisforspillelsesfare. Vilkåret faller derfor utenfor problemstillingen, og behandles ikke.

I tillegg vil en bevissikring i motpartens hjem eller kontorlokaler innebære et inngrep i retten til respekt for privatlivet, jf. EMK art. 8. Dermed stilles det også krav til lovhjemmel,⁵⁹ krav om et legitimt formål og at inngrepet er forholdsmessig.⁶⁰ Det er ikke tvilsomt at et inngrep med formål om å sikre bevis vil ha et legitimt formål. Imidlertid er det nødvendig å vurdere bevissikringens forholdsmessighet, noe som fordrer en konkret vurdering. Dette gjøres avslutningsvis i kapitlet.

2.3.2 Grunnvilkåret – "kan få betydning i en tvist"

Det første som må avklares er innholdet i vilkåret "kan få betydning i en tvist", jf. tvl. § 28-2. En alminnelig tolkning av "kan få betydning i en tvist" tilsier at det må foreligge en mulighet for at den begjærende parten har et rettslig fundert krav som kan rettes mot en annen. Begjæringen må altså vurderes i det pretenderte hovedkravet. Ordet "kan" indikerer at det ikke er et strengt krav, men at det likevel må være en viss sannsynlighet for at hovedkravet eksisterer. I HR-2014-962-U fremgår det at tvl. § 28-2 "ikke inneholder et vilkår om at hovedkravet må sannsynliggjøres før begjæringen kan tas til følge". Forståelsen er siden lagt til grunn og fulgt opp i underrettene.⁶¹ Sannsynlighetsovervekt for hovedkravets eksistens kreves derfor ikke.

⁵⁸ Jf. HR-2021-892-U hvor det fremgår at vilkårene er kumulative

⁵⁹ Kravet til lovhjemmel reiser noen særlige spørsmål som redegjøres for i kapittel 4.2.

⁶⁰ Jf. EMK art. 8 nr. 2

⁶¹ Se: LB-2017-52438, LB-2018-182040, LB-2020-75168, LG-2023-8811, LF-2021-161370, LA-2017-61770, Kristiansand tingretts kjennelse 5. november 2019 (19-053654TVI-KISA/05), Agder tingretts kjennelse 23. mars 2022 (22-044292TVI-TAGD/KRI), Agder tingretts kjennelse 17. mars 2022 (22-037772TVI-TAGD/TKRI), Østre innlandet tingretts kjennelse 19. september 2023 (23-114105TVI-TOIN/THAM) og Søndre Østfold tingretts kjennelse 19. desember 2023 (23-059688TVI-TSOS/TSAR).

Selv om det ikke stilles krav til sannsynlighetsovervekt for hovedkravet må det stilles visse minimumskrav til pretensjonene om hovedkravet.⁶² Dette innebærer at den begjærende parten ikke kan kreve bevissikring uten rimelig grunn. Pretensjonene kan derfor ikke "fremstå som sjikanøse eller helt grunnløse".⁶³ Det vil for eksempel ikke være tilstrekkelig at den begjærende parten krever bevissikring basert på et krav som ikke kan funderes i noen faktiske omstendigheter. En arbeidsgiver som mistenker at en tidligere ansatt har brutt sin lojalitetsplikt må derfor støtte mistanken opp med noe konkret.

Dersom det ikke stilles minimumskrav til pretensjonene risikerer en misbruk av reglene. Den begjærende parten kan blant annet misbruke reglene ved å begjære bevissikring for å plage motparten. Eller så kunne regelverket benyttes for å "kikke motparten i kortene" eller bare for undersøke om motparten har relevante bevis. Dette er en bruk som reglene ikke er ment å åpne for.⁶⁴

Videre følger det av ordlyden "betydning" at det som begjæres sikret må være egnet til å belyse de faktiske forholdene i den eventuelle tvisten. For eksempel vil ikke motpartens fotoalbum med barnebilder kunne tjene som bevis i en eventuell tvist om kjøp av bruktbil. Kravet til bevisets "betydning" bør likevel ikke tolkes for strengt. Et for strengt krav kan medføre at bevissikringsreglene ikke oppnår sitt formål. Formålet bak bevissikringsreglene er blant annet å innhente bevisene *før* de manipuleres eller destrueres.⁶⁵ Hvis kravet er for strengt kan det medføre at den begjærende parten blir avskåret fra å sikre bevisene. Det er blant annet fordi bevissikringen skjer før rettssaken og uten kontradiksjon.⁶⁶ Derfor har retten begrensede muligheter til å vurdere bevisenes eventuelle betydning. I tillegg ville det vært svært krevende for den begjærende parten å oppfylle høye krav til spesifisering, relevans og proporsjonalitet på begjæringstidspunktet.⁶⁷

⁶² Se LB-2017-52438, LF-2021-16370, LE-2012-77346, Østre innlandet tingretts kjennelse 19. september 2023 (23-114105TVI-TOIN/THAM) og Søndre Østfold tingretts kjennelse 19. desember 2023 (23-059688TVI-TSOS/TSAR).

⁶³ Jf. LG-2023-8811.

⁶⁴ Jf. NOU 2001:32 B s. 988.

⁶⁵ Jf. NOU 2001:32 B s. 987.

⁶⁶ Jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd.

⁶⁷ Jf. Rt. 2006 s. 626 A avs. 36-37 om bevissikringsreglene i den tidligere tvistemålsloven, lov 13. august 1915 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven).

2.3.3 Tilleggsvilkåret – "nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket"

Det neste som må vurderes, er tilleggsvilkåret i tvl. § 28-2. Vilkåret er oppfylt når det er "nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket". Ordlyden "gå tapt eller vesentlig svekket" knytter seg til tilfeller hvor bevisene destrueres eller manipuleres slik at de ikke lengre er egnet til å belyse sakens faktum. Ordlyden "nærliggende risiko" indikerer at det må være fare for at bevisene i saken tapes eller svekkes. Videre tolkes ordet "nærliggende" til at faren for bevisforspillelse må være nært forestående. Tolkningen forutsetter at motparten både har anledning og vilje til å forspille bevisene.

I LE-2020-119823 fremgår det at en antagelse om bevisforspillelse ikke er tilstrekkelig, og at det "må foreligge håndfaste holdepunkter for at [motparten] vil kunne forspille bevis". Underrettene har gjennom flere avgjørelser etablert en praksis som bidrar til å avgjøre når det foreligger håndfaste holdepunkter for bevisforspillelsesfaren. Av avgjørelsene følger det at termen både viser til sannsynligheten for og konsekvensen av at bevis tapes eller svekkes vesentlig. Begge elementene må deretter veies opp mot hverandre i en helhetsvurdering for å fastslå om de til sammen kvalifiserer til "nærliggende risiko".⁶⁸

I helhetsvurderingen har underrettene blant annet vektlagt bevisenes antatte betydning, motpartens atferd og motiv for bevisforspillelse, om bevisene etter sin art er sårbare for manipulering eller destruering og konfliktnivået mellom partene.⁶⁹ I tillegg er det lagt vekt på tidsaspektet, for eksempel hvis beviset etter sin art forvitrer med tiden eller står i fare for å destrueres dersom beviset ikke sikres raskt.⁷⁰

Et tilhørende spørsmål er hvor sannsynlig bevisforspillelsesfaren må være for at vilkåret skal anses oppfylt. Ordlyden i tvl. § 28-2 gir ingen veiledning. Hovedregelen i norsk sivilprosess

⁶⁸ Se LB-2020-75168, LG-2023-8811, LE-2020-119823, Agder Tingretts kjennelse 23. mars 2022 (22-044292TV1-TAGD/KRI), Agder tingretts kjennelse 17. mars 2022 (22-037772TVI-TAGD/TKRI). Se også Hjort (2016), s. 250 flg.

⁶⁹ Se LE-2020-119823, LB-2017-52438, LE-2012-77346, LB-2011-54359, Sør-Rogaland tingretts kjennelse 6. januar 2023 (22-187441TVI-TSRO/TSDN, som senere ble anket, og fikk samme konklusjon i LG-2023-8811), Kristiansand tingretts kjennelse 23. november 2016 (16-188903TVI-KISA/04) og Kristiansand tingretts kjennelse 11. november 2014 (14-091462TVI-KISA/26).

⁷⁰ Se Stavanger tingretts kjennelse 4. mai 2009 (TSTAV-2009-55827).

er imidlertid sannsynlighetsovervekt. Sannsynlighetsovervekt innebærer at rettens avgjørelser skal bygge på det som fremstår som mest sannsynlig.⁷¹ Tvistelovens system tilsier derfor at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for bevisforspillelsesfaren. Hjort har også tatt til orde for overvektsprinsippet.⁷² Hun begrunner imidlertid resonnetet med at:

svaret [på om det foreligger bevisforspillelsesfare] ligger inn i fremtiden og man kan aldri vite sikkert hvordan fremtiden blir. Retten må, basert på de bevis [begjærende part] legger frem, gjøre seg opp en mening om hvilke hendelsesforløp som er mest sannsynlige og om de tror det er sannsynlighetsovervekt for at [motparten] vil benytte seg av den muligheten vedkommende har til å forspille bevisene.⁷³

Hjorts resonnet om at det kreves sannsynlighetsovervekt for bevisforspillelsesfaren har fått støtte i flere avgjørelser av underrettene.⁷⁴

Reelle hensyn trekker også i retning av at det stilles krav om sannsynlighetsovervekt. Alternativet til sannsynlighetsovervekt synes å være kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Et slikt krav kan medføre at den begjærende parten mislykkes i å sikre de nødvendige bevisene. Dette til tross for at bevisforspillelsesfaren er reell. Derfor vil risikoen for materielt uriktige resultater øke hvis det stilles krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

Retten må etter dette finne det mest sannsynlig at motparten vil forspille bevis basert på sannsynligheten for og konsekvensen av bevisforspillelsesfaren. Et selskap kan for eksempel frykte at en tidligere ansatt rettsstridig benytter deres forretningshemmeligheter. At den tidligere ansatte publiserer upassende kommentarer om selskapet på nett og endrer kommentarene i ettertid er ikke alene tilstrekkelig til å utgjøre en fare for bevisforspillelse. Situasjonen er imidlertid annerledes hvis den tidligere ansatte hevder å ha utviklet forretningshemmelighetene og det er et høyt konfliktnivå mellom partene. Samlet kan disse

⁷¹ Jf. HR-2019-2344-A avs. 33.

⁷² Se Tore Schei mfl., har vist støtte til Hjorts resonnet i "Tvisteloven. Lovkommentar," § 28-2. Vilåårene for bevissikring, Juridika (kopiert 20. mars 2024).

⁷³ Jf. Hjort (2016) s. 256.

⁷⁴ I LE-2020-119823 ble det lagt til grunn at det kreves sannsynlighetsovervekt for bevisforspillelsesfaren. I LB-2020-75168 og LB-2017-52438 tok ikke retten stilling til spørsmålet da sannsynlighetsovervekt forelå.

forholdene gi håndfaste holdepunkter for at motparten sannsynligvis vil destruere eller manipulere bevis.

2.3.4 Vilkårene for at bevissikringen skal skje uten forhåndsvarsel

Det neste som redegjøres for er vilkårene for at bevissikringen skal kunne gjøres uten forhåndsvarsling av motparten, jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd første pkt. Bestemmelsen lyder:

Dersom det er grunn til å frykte at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres, kan retten treffe avgjørelse om at bevissikring skal holdes før motparten varsles.

Ordlyden "grunn til å frykte" innebærer at det er mulig å unnlate forhåndsvarsel hvis det er en nærliggende fare for at motparten vil forhindre bevisene fra å sikres. Hvorvidt faren er nærliggende må baseres på det konkrete tilfellet, hvor motpartens interesse av og anledning til å hindre sikringen bør tillegges betydning.

Et krav om at faren må være nærliggende og vurderes konkret følger også av forarbeidene.⁷⁵ Det fremgår blant annet at regelen er tiltenkt tilfeller hvor et forhåndsvarsel "vil kunne umuliggjøre gjennomføringen av bevissikringen". Videre uttales det at mangelen på varsel må være "nødvendig for å nå formålet", som er å avklare bevissituasjonen og sikre hovedsakens opplysning.⁷⁶ Uttalelsene peker på et kvalifikasjonskrav til sannsynligheten for at motparten vil hindre sikringen. En antagelse er altså ikke tilstrekkelig.

I LB-2018-182040 foretok retten en konkret helhetsvurdering basert på momentene trukket opp i forarbeidene.⁷⁷ I saken fikk den begjærende parten innvilget bevissikring i forbindelse med et mulig erstatningssøksmål for brudd på lojalitetsplikten i arbeidsforhold. Rettens vurdering bygde på hensynet til sakens opplysning veid opp mot motpartens rett til kontradiksjon. Retten til kontradiksjon innebærer at parten får mulighet til å imøtegå argumentasjonen til den andre parten, som er et grunnleggende prinsipp i sivilprosessen.⁷⁸ Retten la også vekt på at hvis motparten ble varslet, var det sannsynlig at formålet med

⁷⁵ Se NOU 2001:32 B s. 989.

⁷⁶ Se Agder tingretts kjennelse 11. desember 2023 (22-082416TVI-TAGD/TKRI).

⁷⁷ Se NOU 2001:32 B s. 989.

⁷⁸ jf. Jens Edvin A. Skoghøy, "Tvisteløsning", Universitetsforlaget (2022), s. 545-550.

bevissikringen ikke vil bli oppnådd. Som ledd i denne vurderingen la retten også vekt på at bevissikringen ble gjort som følge av bevisforspillelsesfaren.

Spørsmålet videre er hvilke situasjoner som aktualiserer bevissikring uten forhåndsvarsel. Ordlyden i § 28-3 fjerde ledd gir begrenset veiledning da den ikke er forbeholdt visse situasjoner. Likevel er det sannsynligvis vanskelig å tilfredsstille kravet om at motparten vil umuliggjøre sikringen i andre tilfeller enn ved bevisforspillelsesfare. Dette er fordi en i slike tilfeller har konkrete holdepunkter for at motparten vil hindre at bevisene sikres.⁷⁹ At regelen i all hovedsak gjelder ved bevisforspillelsesfare har støtte i Schei mfl. som fremholder at "[b]bevissikring uten varsel til motparten må forbeholdes de situasjoner der varsel vil forspille bevissikringen."⁸⁰

Dette innebærer at motparten bare taper retten til kontradiksjon hvor det er nødvendig for at bevissikringsreglene skal fungere etter sitt formål. Det må altså være rimelig eller fornuftig ut fra formålet bak bevissikringsreglene å frata motparten kontradiksjon og forhåndsvarsel. Et typisk tilfelle tvl. § 28-3 fjerde ledd søker å forhindre er at motparten – etter å ha mottatt varsel – manipulerer eller destruerer bevisene og på denne måten umuliggjør bevissikringen.

2.3.5 Vurderingen av om bevissikringen er forholdsmessig

Etter at de materielle vilkårene i tvl. §§ 28-2 og 28-3 fjerde ledd er oppfylt må det vurderes om bevissikringen er forholdsmessig. Et krav om at bevissikringen må være forholdsmessig følger ikke av bestemmelsenes ordlyd, men av myndighetenes sikringsplikt EMK art. 1. Sikringsplikten innebærer at myndighetene skal beskytte rettighetene som følger av EMK. Bevissikring i motpartens hjem og kontorlokaler vil alltid innebære et inngrip i retten til respekt for privatlivet, jf. EMK art. 8 nr. 1. For å oppfylle sikringsplikten må det derfor foretas en forholdsmessighetsvurdering i tråd med EMK art. 8 nr. 2.⁸¹

Forholdsmessighetsvurderingen i EMK art. 8 nr. 2 er formulert som et krav om at inngrepet må være "necessary in a democratic society". Dette innebærer en sammensatt vurdering hvor

⁷⁹ Jf. tvl. § 28-2.

⁸⁰ Tore Schei mfl., "Tvisteloven. Lovkommentar", § 28-3. Begjæring om bevissikring. Rettens avgjørelse, Juridika (kopierte 16. april 2024).

⁸¹ Jf. også HR-2014-962-U.

det avgjørende er at inngrepet er egnet, nødvendig og forholdsmessig.⁸² Vurderingens kjerne er å sikre at inngrepet har en "fair balance between the competing interests of the individual and of society as a whole".⁸³ Dermed må fordelene oppnådd ved inngrepet veie tyngre enn de beskyttede rettighetene.

I en bevissikringssak vil også forholdsmessighetsvurderingen bero på en bred og sammensatt vurdering i tråd med EMDs uttalelser. Underretten har i flere avgjørelser uttalt hvilke momenter som er sentrale i proporsjonalitetsvurderingen når inngrepet er en bevissikring utenfor rettssak.⁸⁴ I LB-2018-182040 fremgår det at sentrale vurderingsmomenter vil være:

behovet for bevissikring, inngrepets art og omfang, ulempene som påføres motpartene og retten til respekt for privatlivet. En vurdering av bevisgrunnet for hovedkravet vil også inngå i den forholdsmessighetsvurderingen (...)

Retten må altså foreta en konkret helhetsvurdering og knytte den opp mot vilkårene for bevissikringen for å vurdere inngrepets proporsjonalitet. Først når retten etter å ha funnet alle vilkårene i tvl. §§ 28-2 og 28-3 fjerde ledd oppfylt, og kommet til at bevissikringen er forholdsmessig, kan en begjæring om uvarslet bevissikring tas til følge.

Bevissikring i motpartens hjem og kontorlokaler er et inngripende tiltak. Inngrepet skjer uten forutgående varsel og innebærer en gjennomlysning av lokalene, noe som øker kravene til grunnlaget for bevissikringen.⁸⁵ Graden av sannsynlighet for bevisforspillelse vil også være naturlig å legge vekt på her.⁸⁶ Bevissikring i motpartens lukkede rom vil trolig være forholdsmessig i tilfeller hvor sannsynligheten for bevisforspillelse er betydelig. Det samme er nok ikke tilfellet hvor det er mer tvilsomt om det foreligger sannsynlighetsovervekt for bevisforspillelsesfaren.

⁸² Jf. *S.A.S mot Frankrike* [GC], no. 43835/11 (2014) avs. 113.

⁸³ Jf. *Keegan mot Irland* [C], no. 16969/90 (1994) avs. 49.

⁸⁴ Se blant annet LB-2018-182040, LB-2018-14453, Agder tingretts kjennelse 23. mars 2022 (22-044292TV1-TAGD/KRI), Agder tingretts kjennelse 17. mars 2022 (22-037772TVI-TAGD/TKRI) og Østre innlandet tingretts kjennelse 19. september 2023 (23-114105TVI-TOIN/THAM).

⁸⁵ Jf. blant annet Sør-Rogaland Tingretts kjennelse 6. januar 2023 (22-187441TVI-TSRO/TSDN) med henvisning til HR-2014-962-U.

⁸⁶ Jf. blant annet LB-2017-52438.

2.4 Beviseringsreglernes særegenheter og begrunnelse

I det følgende skal jeg redegjøre for hva som gjør beviseringsreglene særegne i norsk rett, og hvilke forhold som begrunner særegenhetene. Først og fremst finnes det ingen sivilrettslige regler som er direkte sammenlignbare med tvistelovens beviseringsregler.⁸⁷ Dette skyldes at det ofte vil være straffbare forhold som ligger til grunn for beviseringen i de øvrige beviseringsreglene,⁸⁸ noe som ikke er tilfellet ved bevisering etter tvl. kapittel 28.

Den første særegenheten er tidspunktet for beviseringen. Beviseringsreglene gjør det mulig å sikre bevis hos en uvitende motpart *før* tvistesaken har begynt.⁸⁹ Utenfor rettssaken har motparten som utgangspunkt ikke en plikt til å fremlegge bevis,⁹⁰ nettopp fordi tvistesaken ikke har begynt.⁹¹ Beviseringsreglene er derfor ikke et utslag av at motparten har misligholdt sin plikt til stille bevis til rådighet, men heller et direkte utslag av det materielle sannhets prinsipp. Det er fordi den begjærende parten ved beviseringen forvisser seg om at bevisene er beholdne ved en eventuell tvist. Beviseringen bidrar derfor til en korrekt opplysning av faktum, som igjen kan bidra til at saken får et materielt riktig resultat.

En konsekvens av at beviseringen utføres før rettssaken og uten forutgående varsel er at beviseringen får en særlig overraskende karakter. Dette skyldes at motparten ikke er klar over at vedkommende er part i en rettsprosess eller at hen på sikringstidspunktet må bidra til å opplyse en potensiell tvist. Til sammenligning ville nok overraskelsesmomentet vært mindre dersom sikringen hadde skjedd som ledd i opplysningen av en pågående tvistesak.

Den neste særegenheten er at reglene om bevisering uten forhåndsvarsel er avhengige av et underliggende tvangselement for å være operative. Tvang kan i denne sammenheng karakteriseres som tiltak initiert av offentlige myndigheter, der en person blir pålagt visse

⁸⁷ Regler som kan minne om beviseringsinstituttet er beviseringsreglene som følger av lov 03. mai 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (krrl.) § 25 og lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel (vphl.) § 19-5.

⁸⁸ Se krrl. § 30 og vphl. § 21-15.

⁸⁹ Jf. tvl. § 28-1.

⁹⁰ Se tvl. § 5-3.

⁹¹ Under rettssaken har partene en alminnelig sannhets- og opplysningsplikt, som innebærer at partene skal redegjøre for og å tilby de bevisene de har, jf. tvl. §§ 21-4 og 26-5 første ledd.

handleplikter eller må tåle bestemte forhold, uten hans eller hennes samtykke.⁹² Det må altså foreligge en ytre påvirkning, som innvirker på motpartens frie vilje slik at vedkommende handler på en bestemt måte.

Tvangselementet i denne typen bevissikringssaker materialiseres ved at retten pålegger motparten å gi namsmannen og eventuelle medhjelpere tilgang til bevisene. Et pålegg er et rettslig bindende krav som kan gjennomføres med tvang, til forskjell fra forespørsler og oppfordringer da disse ikke medfører rettslige forpliktelser.⁹³ Dette innebærer at motparten er bindende forpliktet til å fullbyrde pålegget om å gi namsmannen tilgang til bevisene.

Videre innebærer pålegget en umiddelbar tvangsbruk som er nødvendig for at bevissikring uten forhåndsvarsel skal fungere effektivt i praksis. Bakgrunnen for at bevissikring skjer uten varsel, er risikoen for bevisforspillelse.⁹⁴ Retten kan derfor ikke gi motparten adgang til å håndtere bevisene selv. Namsmannen eller hans hjelpere må derfor delegeres denne kompetansen. En konsekvens av dette er at rettens pålegg må kunne gjennomføres av namsmannen umiddelbart og uavhengig av motpartens samtykke, altså tvangsfullbyrdes. Hvis bevissikringen var avhengig av motpartens samtykke kunne hen enkelt nektet å etterkomme plikten, for så å forspille bevisene.

For det andre materialiseres tvangen gjennom namsmannen som gjennomføringsorgan. Når offentlige tjenestemenn uventet dukker opp hos motparten og ber om tilgang til bevisene, vil motparten påvirkes til å etterkomme pålegget. Til sammenligning er det lite trolig at motparten hadde gitt en alminnelig person tilgang til bevisene under de samme omstendighetene. Motpartens handlinger blir dermed formet av den ytre påvirkningen som namsmannens tilstedeværelse utgjør, heller enn å være basert på egen fri vilje. På grunn av innvirkningen på motpartens frie vilje innebærer namsmannens funksjon under bevissikringen et element av tvang. Videre er det trolig at tvangen er mer fremtredende i tilfeller hvor

⁹² Ørnulf Øyen, *"Straffeprosess"*, Fagbokforlaget (2019), s. 195. Uttalelsen kan belyse hva tvang innebærer generelt, selv om uttalelsen gjelder tvang i straffeprosessen.

⁹³ Jf. NOU 2019:5 *"Ny forvaltningslov - Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning"* (forvaltningsloven) s. 426. Forarbeidene knytter seg til et forslag om en ny forvaltningslov, men knytter seg generelt til hva et pålegg er. Se også Ot.prp. nr.65 (1990-1991) Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdesloven) s. 103.

⁹⁴ Jf. tvl. § 28-2.

motparten ikke varsles om sikringen på forhånd, sammenlignet med tilfeller hvor motparten er forhåndsvarslet. Dette er fordi et forhåndsvarsel gjør at motparten får anledning til å vurdere og forberede seg på situasjonen, noe som kan minske tvangselementet.

Bevissikringen kan også gjennomføres med politibistand hvis namsmannen finner det nødvendig.⁹⁵ Politiet har generelt større autoritet og makt i samfunnet sammenlignet med namsmannen, noe som underbygges av at politiets formål er å beskytte borgernes rettssikkerhet og trygghet.⁹⁶ Borgerne har følgelig tillitt til at politiets handlinger er legitime og bevarer samfunnsinteressene. Dermed har borgeren et større incentiv til å etterkomme rettens pålegg når sikringen gjøres med politibistand sammenlignet med sikringer som gjøres av namsmannen alene. Politiets eventuelle tilstedeværelse kan forsterke den ytre påvirkningen av motparten, og følgelig forsterke tvangselementet ytterligere.

Tvangselementet gjør bevissikringsreglene særegne fordi en privat part får anledning til å benytte statens maktapparat til å sikre bevis i en sivil sak *før* tvistesaken har begynt. Bruken av tvang er viktig for at bevissikringen skal fungere effektivt, men det bidrar også til å gjøre tiltaket mer inngripende overfor motparten.⁹⁷

Et annet særtrekk ved bevissikringsreglene er at de kan gjøres uten at motparten varsles.⁹⁸ Dette medfører et unntak fra retten til kontradiksjon. Kontradiksjon er viktig fordi det bidrar til å sikre retten til en rettferdig rettergang og en mer fullstendig opplysning av sakens faktiske side.⁹⁹ Siden prinsippet er viktig for å opplyse saken, bør unntak fra det kontradiktoriske prinsipp bare tillates unntaksvis.¹⁰⁰ Lovgiver har imidlertid vurdert bevissikringsreglene som et verdig unntak.

Unntaket fra retten til kontradiksjon er begrunnet med at kontradiksjon i bevissikringssaker kan gå på bekostning av et materielt riktig resultat.¹⁰¹ Årsaken er at kontradiksjon i disse tilfellene kan gi motparten et incentiv til å forspille bevisene før sikringen. Dersom bevisene

⁹⁵ Jf. Tvangsfullbyrdelsesloven § 5-10 første ledd annet pkt.

⁹⁶ Se lov 04. August 1995 nr. 53 om politiet (politiloven) § 1.

⁹⁷ En nærmere redegjørelse av dette gjøres i avhandlingens kapittel 3.2.2.

⁹⁸ Jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd første pkt.

⁹⁹ Ot.prp. nr.33 (2003-2004) Om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak) s. 5.

¹⁰⁰ Jf. NOU 2001:32 B s. 989.

¹⁰¹ Ot.prp. nr.33 (2003-2004) s. 5 om tvistemålsloven § 271 a som er videreført i tvl. § 28-3 fjerde ledd.

er forspilt medfører det at saken blir dårligere opplyst, noe som øker risikoen for materielt uriktige avgjørelser.¹⁰² Derfor har lovgiver vurdert at "[f]aren for materielt uriktige realitetsavgjørelser på grunn av bevisforspillelse fra motpartens side må anses som et større rettssikkerhetsproblem" enn mangelen på kontradiksjon.¹⁰³

Videre kan bevissikringens manglende forhåndsvarsel og kontradiksjon begrunnes i likhetsprinsippet.¹⁰⁴ Likhetsprinsippet innebærer blant annet at sakens parter skal ha like muligheter til å fremme sin sak for domstolene.¹⁰⁵ Ved å sikre bevisene får begge partene tilnærmet lik oversikt over faktum. Dette medfører blant annet at den begjærende parten får et mer helhetlig bilde av saken og derfor bedre mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. I tillegg kan mangelen på forhåndsvarsel og kontradiksjon gi prosessøkonomiske fordeler. Dette er fordi bevissikringen reduserer sjansen for at det reises saker for domstolene hvor sentrale bevis mangler eller er manipulert.

2.5 Bevissikringsregelens forhold til bevistilgangsreglene i tvisteloven kapittel 26

Dette kapittelet innebærer en redegjørelse av forholdet mellom tvl. kapittel 26 og 28. Kapitlene er tett forbundet med hverandre fordi reglene om *gjennomføring* av bevissikring utenfor rettssak blant annet følger av tvl. kapittel 26, jf. tvl. § 28-4. Utover tvl. § 28-4 mangler kapittel 28 egne særskilte saksbehandlingsregler. I kapittel 4 skal jeg blant annet analysere reglene i kapittel 26, jf. tvl. § 28-4. En innledende gjennomgang av noen sentrale forskjeller og likheter mellom kapittel 26 og 28 er derfor nødvendig å gjøre innledningsvis.

Til forskjell fra tvisteloven kapittel 28, gjelder tvisteloven kapittel 26 bevistilgang *under* rettssaken. Siden kapittel 26 gjelder under rettssaken har *begge partene* kunnskap om sine rettigheter og plikter når det gjelder bevisfremleggelse. Dette inkluderer plikten til å fremlegge realbevis og svare på spørsmål om bevisene, som beskrevet i tvl. § 26-5 første og annet ledd.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Jf. NOU 2001:32 B s. 987-988.

¹⁰⁵ Se Skoghøy (2022), s. 550-553

Tvisteloven kapittel 26 og 28 bygger begge på det materielle sannhets prinsipp. Prinsippet kommer imidlertid til uttrykk på ulike måter. Pliktene i § 26-5 stammer fra sannhets- og opplysningsplikten, som er knesatt for allmennheten i tvl. § 21-5 og for partene i tvl. § 21-4.¹⁰⁶ Sannhets- og opplysningsplikten innebærer at den forpliktete skal bidra til å opplyse saken, hvor formålet er å oppnå et materielt riktig resultat som bygger på et riktig faktisk grunnlag.¹⁰⁷ Sannhets- og opplysningsplikten kan derfor sees på som et utslag av det materielle sannhets prinsipp. Bevissikringsreglene bygger derimot på at motparten ikke plikter å legge frem bevis. Fraværet av plikten begrunnes både i at rettssaken ikke har begynt, men også fordi en ikke har tillit til at motparten opptrer ærlig og redelig. Forskjellen begrunner hvorfor plikten til å fremlegge bevis ligger hos den som har beviset i kapittel 26, til forskjell fra bevissikring uten forhåndsvarsel hvor det er nødvendig at namsmannen sikrer bevisene.

Både tvl. kapittel 26 og 28 inneholder elementer av tvang. Dersom en av partene nekter å etterkomme sannhets og opplysningsplikten under rettssaken, har retten adgang til å pålegge partene å fremstille bevisene gjennom kjennelser som kan tvangsfullbyrdes, jf. tvl. § 26-5 tredje ledd, jf. tvl. § 19-13. Adgangen til å benytte tvang etter tvl. kapittel 26 bør imidlertid ikke være overraskende for noen av partene. Partene vet om sine forpliktelser, og har hatt muligheten til å legge frem bevisene, enten gjennom eget initiativ eller etter begjæring fra motparten.¹⁰⁸ Det ligger med andre ord et element av frivillighet til grunn for reglene i tvl. kapittel 26. Utgangspunktet om frivillighet i kapittel 26 skiller seg derfor vesentlig fra bevissikring uten forhåndsvarsel. Dette er fordi bevissikring skjer uventet og tvang benyttes umiddelbart, til tross for at motparten ikke har noen plikt til å fremlegge bevis.

3 Er det tillatt å gjennomføre uvarslede bevissikringer i motpartens hjem og kontorlokaler, jf. Grl. § 102 første ledd annet punktum?

3.1 Innledning

Dette kapittelet har til formål å besvare avhandlingens første underproblemstilling. Spørsmålet er om det er tillatt å gjennomføre uvarslede bevissikringer i fysiske og juridiske personers hjem og kontorlokaler, jf. Grl. § 102 første ledd annet pkt. For å besvare problemstillingen må

¹⁰⁶ Jf. Ot.prp. nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) s 454 og 467.

¹⁰⁷ Jf. NOU 2001:32 B s. 946

¹⁰⁸ Jf. tvl. § 26-5 første ledd, jf. § 21-4 om partens plikt til å gi bevestilgang og bevestilbud.

forbudet mot husransaker i Grl. § 102 vurderes i lys av bevissikringsinstituttet. Forbudet mot husransaker lyder som følger:

Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.

Grunnloven § 102 første ledd annet pkt. tolkes som et *absolutt forbud* mot husransaker, unntatt i kriminelle tilfeller. Bevissikring etter tvl. kapittel 28 faller klart utenfor unntaket for "kriminelle tilfeller". Dette da bevissikring er et sivilrettslig virkemiddel som ikke benyttes i forbindelse med etterforskning som kan medføre straff.

Dette innebærer at Grl. § 102 forbyr bevissikring i de tilfeller sikringen innebærer en husransakelse. I det videre skal jeg vurdere hvilke tilfeller dette gjelder ved å ta stilling til hvilke undersøkelser og lokaler som omfattes av forbudet.

3.2 Regnes bevissikring i motpartens lukkede rom som en forbudt husransakelse etter Grl. § 102 første ledd annet punktum?

3.2.1 Kommer forbudet mot husransaker til anvendelse i sivile saker?

Det første som vurderes er om forbudet i Grl. § 102 er relevant i en sivilprosessuell kontekst. Dette må gjøres først for å avklare om forbudet kommer til anvendelse ved bevissikring i motpartens lukkede rom.

Ordlyden "[h]usransakelse må ikke finne sted" i Grl. § 102 første ledd annet pkt. kan forstås på to måter. Én tolkning av ordlyden er at forbudet omfatter *alle* undersøkelser i hjemmet initiert av myndighetene, med unntak av husransaker i forbindelse med straffeforfølgning. Legges denne tolkningen til grunn omfattes også sivilprosessuelle husundersøkelser av forbudet. På den annen side kan formuleringen indikere at forbudet kun gjelder under strafferettslig forfølgning. Dette skyldes at begrepet *ransakelse* primært assosieres med strafferettslige prosesser. Begrepets forbindelse med straffeforfølgning kan peke på at lovgiver har ønsket å understreke at husransaker ved straffeforfølgning er et inngrep i retten til privatliv, men at inngrepet likevel skal tillattes. Legges sistnevnte tolkning til grunn, er forbudet bare aktuelt i strafferettslige sammenhenger, og får derfor ikke betydning for spørsmål om bevissikring i motpartens lukkede rom.

I forarbeidene fremgår det at begrepet *husransakelse* ble valgt bevisst fremfor *husundersøkelse* fordi sistnevnte begrep kunne forveksles med inspeksjoner og undersøkelser

"som ikke har til formål å avdekke straffbare handlinger", for eksempel brannverninspeksjoner.¹⁰⁹ Videre uttales det at ordet ransaking "signalisere[r] at bestemmelsen bare gjelder ved etterforskning eller oppfølging av straffesaker."¹¹⁰ Uttalelsene støtter tolkningen om at forbudet mot husransaker utelukkende gjelder i forbindelse med straffeforfølging, og at forvaltningsmessige undersøkelser faller utenfor.

Høyesterett har i Rt. 2004 s. 1723 A *Våpenkontroll* foretatt en grundig vurdering av hvilke undersøkelser som omfattes av forbudet i Grl. § 102.¹¹¹ I saken hadde politiet kontrollert at en våpeneier hadde oppbevart sitt skytevåpen i tråd med våpenlovens regler. Spørsmålet retten vurderte var om den forvaltningsmessige undersøkelsen i våpeneierens hjem innebar en krenkelse av forbudet mot husransaker i Grl. § 102 første ledd annet pkt.¹¹² Retten begynte redegjørelsen med å vise til juridisk teori som har forstått forbudet til å bare omfatte husundersøkelser i straffeforfølgingsøyemed.¹¹³ Deretter foretok retten en vurderingspreget drøftelse hvor forbudets begrunnelse og relevante hensyn ble vektlagt. Høyesteretts tilnærming indikerer at dersom en undersøkelse i hjemmet regnes som en "[h]usransakelse", må den være begrunnet i en konkret helhetsvurdering. Hva som faller innenfor forbudet baserer seg derfor ikke på en vurdering av ordlyden alene, herunder om undersøkelsen gjøres som ledd i etterforskning som kan medføre straff.¹¹⁴

Det sentrale med vurderingen i *Våpenkontroll* var å kartlegge inngrepets størrelse. Inngrepets størrelse var retningsgivende for om forvaltningskontrollen skulle karakteriseres som en lovlig husundersøkelse eller en forbudt husransakelse.¹¹⁵ Ved vurderingen av inngrepets

¹⁰⁹ Jf. Dok. nr. 19 (2011-2012) Rapport fra Grunnlovsspråkutvalget om utarbeidelse av språklig oppdaterte tekstversjoner av Grunnloven på bokmål og nynorsk s. 80.

¹¹⁰ Id. s. 81.

¹¹¹ I *Våpenkontroll* redegjorde retten for innholdet i den tilsvarende ordlyden "[h]usingvisjoner" i Grl. § 102 slik bestemmelsen var før grunnlovsrevisjonen i 2014. Uttalelsene i *Våpenkontroll* er relevante for forståelsen av dagens ordlyd da den språklige oppdateringen i 2014 ikke innebar en endring av bestemmelsens meningsinnhold, jf. Grunnlovsforslag 16 (2007–2008), Dok. nr. 12:16 (2007–2008) Grunnlovsforslag fra Carl I Hagen og Finn-Erik Vinje, vedtatt til fremsettelse av Carl I Hagen, om språklig fornyelse av Grunnloven s. 3.

¹¹² Jf. *Våpenkontroll* avs. 1.

¹¹³ Id. avs. 44.

¹¹⁴ Id. avs. 45-53.

¹¹⁵ Marius Stub har tatt til orde for en liknende forståelse i "§ 102", *Grunnloven – Historisk kommentarutgave 1814-2020*, (2021), Universitetsforlaget s. 1138-1163. [online]. DOI: <https://doi.org/10.18261/9788215054179-2021-001>.

størrelse ble de inngripende faktorene med våpenkontrollen veid opp mot de reduserende faktorene. Momentene som ble vektlagt i vurderingen var blant annet formålet med undersøkelsen, inngrepets størrelse, rettssikkerhetsgarantier og risikoen for misbruk.

Uttalelsene i *Våpenkontroll* kom i etterkant av forarbeidsuttalelsene i dokument 19. Likevel synes ikke uttalelsene i *Våpenkontroll* å være tilsidesatt av forarbeidene. Forarbeidsuttalelsene er kortfattede og begrunner i all hovedsak hvorfor bestemte ord er valgt ved revideringen av bestemmelsens språk. Videre synes ikke uttalelsene i *Våpenkontroll* å være tatt i betraktning i forarbeidene. Dette gir grunn til å tolke forarbeidsuttalelsene som mindre absolutte enn de som utgangspunkt gir uttrykk for.

Hensynet til et effektivt rettighetsvern trekker også i retning av at uttalelsene i *Våpenkontroll* fortsatt er av betydning for forståelsen av forbudet i Grl. § 102. Høyesteretts vurderingspregede drøftelse legger til rette for en intensiv prøving av forbudet. Dette skiller seg fra fremgangsmåten i forarbeidene hvor det avgjørende er om ransakingen gjøres i straffeforfølgingsøyemed. Den vurderingspregede normen i *Våpenkontroll* legger derfor i større grad til rette for et effektivt rettighetsvern sammenlignet med forarbeidenes reinskårede vurdering av forbudets ordlyd. Dermed må det foretas en konkret avveining av inngrepets størrelse for å avgjøre om det foreligger en forbudt husransakelse, jf. Grl. § 102 første ledd annet pkt.

3.2.2 I hvilke tilfeller er husundersøkelser forbudt i sivile saker?

Det neste som må avklares er hvilke bevissikringer som omfattes av forbudet i Grl. § 102 første ledd annet pkt. For å besvare dette spørsmålet vil jeg i det videre redegjøre for ulike momenter som bør inngå i vurderingen av om en uvarslet bevissikring regnes som en forbudt husransakelse. Formålet er å illustrere hvilke bevissikringer som kan omfattes av forbudet basert på faktorer som øker og reduserer inngrepets størrelse. Momentene vektlagt i *Våpenkontroll* danner et naturlig utgangspunkt for de valgte momentene,¹¹⁶ uten at dette er en uttømmende opplisting.

¹¹⁶ Momentene er redegjort for rett over i avhandlingens kapittel 3.2.1.

I *Våpenkontroll* ble det blant annet lagt vekt på husundersøkelsens forebyggende formål, som er å beskytte samfunnet mot ulovlige handlinger og ulykker.¹¹⁷ Forebygging av kriminalitet og ulykker handler om å unngå faktiske hendelser med potensielt alvorlige konsekvenser.

Dette skiller seg fra forebygging av bevisforspillelse i bevissikringssituasjonen.

Bevissikringsreglene skal sikre etterlevelse av prosessuelle bevisregler og rettssikkerhetsgarantien som ligger i materielt riktige avgjørelser. Å forebygge kriminalitet og ulykker er altså ikke direkte overførbart til bevissikringssituasjonen. Momentet får derfor begrenset betydning i helhetsvurderingen av inngrepets størrelse i bevissikringssaker.

Et moment som også kan tillegges vekt i vurderingen av inngrepets størrelse er om motparten har anledning til å forberede seg på inngrepet.¹¹⁸ Siden bevissikringen gjøres uten forhåndsvarsel er motparten fratatt muligheten til å forberede seg mentalt på inngrepet. Videre bortfaller motpartens muligheter til å skjerme deler av lokalet fra undersøkelsen.

Bevissikringens plutselige karakter fratrar derfor motparten kontroll over situasjonen ved at hen forhindres fra å gjøre forberedende tiltak som kan redusere inngrepets størrelse.¹¹⁹ Når offentlige tjenestemenn gjennomfører en uanmeldt bevissikring, er det sannsynlig at situasjonen vil oppleves som utrygg og skremmende. Mangelen på forhåndsvarsel er dermed et forhold som øker inngrepets styrke.

Motparten har også begrensede muligheter til å redusere inngrepet *under* bevissikringen. Dette er fordi sikringen skjer plutselig og det kan derfor ikke forventes mye av motpartens evner til å vurdere egen situasjon, herunder konsekvensene av å etterkomme eller motsette seg bevissikringen. Selv om motparten kan redusere inngrepet ved å samarbeide med namsmannen og gi tilgang til de ønskede bevisene, kan det underliggende tvangselementet likevel begrense motpartens reelle muligheter til å redusere inngrepet. Dette skyldes at namsmannen alltid kan tilkalle politiet hvis samarbeidsvilje mangler.¹²⁰ Motpartens begrensede muligheter til å redusere inngrepets størrelse trekker i retning av at sikringen er såpass inngripende, at den må omfattes av forbudet i Grl. § 102.

¹¹⁷ Jf. *Våpenkontroll* avs. 37.

¹¹⁸ Id. avs. 48.

¹¹⁹ Id. avs. 46-47.

¹²⁰ Jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 5-10.

Namsmannen har imidlertid mulighet til å redusere inngrepet dersom motparten får tid og anledning til å områ seg etter å ha blitt informert om bevissikringen. Selv om motparten i et slikt tilfelle må holdes under oppsyn for å sikre at bevisene ikke forspilles, kan motparten oppleve større grad av kontroll over situasjonen fordi hen har fått tid til å vurdere sitt handlingsrom. Motparten har med dette også muligheten til å skjerme deler av lokalet som ikke trengs for å få tilgang til bevisene som er begjært sikret. Dersom namsmannen gjør tiltak for å redusere inngrepet bør det trekke i retning av at det likevel ikke er tale om en sikring som er forbudt etter Grl. § 102.

I *Våpenkontroll* la retten vekt på at inngrepet i hjemmets fred og ukrenkelighet var redusert fordi våpenkontrollen var begrenset til områder som våpeneieren selv hadde opplyst om. Det var derfor ikke tale om en forbudt gjennom søkning av hjemmet.¹²¹ Dersom rettens kjennelse kun tillater bevissikring i spesifikke områder av motpartens lukkede rom, som i stuen eller én skuffe på kontoret, kan også det tale for at bevissikringen ikke utgjør en forbudt ransakelse. I slike tilfeller vil ikke sikringen innebære en gjennom søkning av hele lokalet, men kun en avgrenset del. En omfattende gjennom søkning av et helt hjem eller kontorlokale ville være nærmere kjernen av forbudet i Grl. § 102.¹²² Det er fordi en gjennom søkning utgjør et langt mer inngripende tiltak enn når bevissikringen er begrenset til et konkret område i lokalet. Gjøres slike begrensninger i adgangen til bevissikringen kan det trekke i retning av at sikringen ikke innebærer et brudd på forbudet mot husransaker i Grl. § 102.

I helhetsvurderingen av om bevissikringen utgjør en forbudt husundersøkelse bør risikoen for misbruk av regelverket vektlegges.¹²³ Dersom risikoen for misbruk er lav, kan det trekke i retning av at undersøkelsen ikke er forbudt. Dette er fordi behovet for et forbud reduseres parallelt med gode prosessuelle garantier. Følgelig må risikoen for misbruk sees i lys av lovreglenes innebygde rettssikkerhetsgarantier.¹²⁴ Bevissikringsreglene har ingen lovfestede prosessuelle garantier for gjennomføringen av bevissikringen.¹²⁵ Derfor er det usikkert hvilke virkemidler som står til namsmannens disposisjon ved gjennomføringen. Usikkerheten kan

¹²¹ Jf. *Våpenkontroll* avs. 46.

¹²² Id. avs. 48.

¹²³ Id. avs. 52

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Se redegjørelsen av reglene for gjennomføring i kapittel 4.3.

gjøre det vanskelig for motparten å forutberegne sin rettsstilling og vite hvilke rettigheter hen har under sikringen. Mangelen på prosessuelle garantier *under* gjennomføringen innebærer at det ikke er noen regler som begrenser myndighetenes kompetanse. Mangelen på prosessuelle garantier øker inngrepets størrelse og taler for at bevissikringen må regnes som en forbudt husransakelse.

Twisteloven har imidlertid regler som ivaretar motpartens rettssikkerhet i tiden før og etter gjennomføringen av bevissikringen. Motpartens rettssikkerhet ivaretas i forkant av sikringen ved at domstolene avgjør om vilkårene for bevissikring uten forvarsel er oppfylt.¹²⁶ I tillegg er det regler som beskytter motparten i etterkant av sikringen ved at bevisene ikke utleveres direkte til den begjærende parten og at motparten får etterfølgende kontradiksjon.¹²⁷ Rettssikkerhetsgarantiene som gjelder i for- og etterkant av bevissikringen reduserer inngrepets størrelse ved at sjansen for misbruk og vilkårlighet begrenses. Skrankene for myndighetenes kompetanse trekker derfor i retning av at bevissikring i motpartens lukkede rom faller utenfor forbudet i Grl. § 102.

Dersom namsmannen får bistand fra politiet, kan bevissikringen i større grad minne om en straffeprosessuell ransaking, som ligger i kjernen av forbudet i Grl. § 102.¹²⁸ Selv om bevissikring med politibistand ikke innebærer noen etterforskning eller straffeprosessuell ransaking, kan politiets tilstedeværelse i seg selv gjøre det vanskeligere for motparten å komme med innvendinger mot bevissikringen. Dette kan resultere i at undersøkelsen oppleves som mer inngripende sammenlignet med undersøkelser uten politibistand. Politiets tilstedeværelse bidrar derfor til å forsterke undersøkelsens inngripende karakter, noe som med tyngde taler for at bevissikring med politibistand faller innenfor forbudet i grl. § 102.

De etterfølgende konsekvensene av en bevissikringssak kan også tjene som moment i vurderingen av inngrepets størrelse. Konsekvensene av en bevissikring er av beskjeden karakter. For det første er det ikke sikkert at den begjærende parten reiser sak for domstolene,¹²⁹ og det er heller ikke sikkert at bevisene utleveres til den begjærende parten

¹²⁶ Jf. tvl. § 28-3 første ledd.

¹²⁷ Jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd tredje og fjerde pkt.

¹²⁸ Jf. *Våpenkontroll* avs. 48.

¹²⁹ Jf. tvl. § 28-2.

etter en eventuell etterfølgende muntlig forhandling.¹³⁰ For det andre vil konsekvensen av at den begjærende parten får tilgang til bevisene og fremmer saken for domstolene være at domstolen behandler en tvist mellom to private parter. Domstolens avgjørelse vil som følge av sikringen resultere i en rettfærdig og materielt riktig avgjørelse som ivaretar den enkeltes rett til å håndheve sine rettigheter.¹³¹ En mulig konsekvens av dette er at motparten taper saken og må etterkomme domstolens kjennelse. Det er altså ikke tale om en inngripende konsekvens. Bevissikringens etterfølgende konsekvenser taler derfor for at inngrepet ikke er så stort at det må rammes av forbudet i Grl. § 102 første ledd annet pkt.

Hvorvidt det er private- eller samfunnsinteresser som begrunner inngrepet kan være av betydning for inngrepets størrelse. Dette skyldes at husundersøkelsen sannsynligvis vil oppfattes som mer inngripende dersom den er begrunnet i private interesser sammenlignet med samfunnsinteresser. Bevissikringsreglene er både et utslag av private interesser og samfunnsinteresser. Samfunnsinteressene kommer til uttrykk ved at det er en samfunnsinteresse å avklare private tvister og sørge for at lovreglene respekteres og etterleves.¹³² Likevel er bevissikringsreglene hovedsakelig et utslag av private interesser. Dette fordi det primære formålet med en bevissikringssak er å sikre bevis som kan oppklare en konkret tvist mellom de involverte partene.¹³³ Det er altså ikke sterke samfunnsinteresser som begrunner inngrepet overfor den enkelte. Bevissikring i motpartens lukkede rom kan derfor oppleves mer inngripende fordi motparten må akseptere et inngrep fra myndighetene på grunn av den begjærende partens interesser, og ikke samfunnsinteresser alene.

Et annet moment som øker inngrepets omfang er den private parts rolle som initiativtaker i bevissikringssaker. At prosessens initiativtaker er en privat part kan medføre at inngrepet oppleves som større nettopp fordi den private parten ved bevissikringen benytter det offentlige maktapparat for å få sine interesser gjennomført med tvang. Den private parts rolle i bevissikringssaker taler for at bevissikring i motpartens hjem og kontorlokaler faller innenfor forbudet i grl. § 102.

¹³⁰ Jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd siste pkt.

¹³¹ Jf. formålsbestemmelsen i tvl. § 1-1

¹³² Jf. tvl. § 1-1.

¹³³ Jf. NOU 2001:32 B s. 987.

De overnevnte momentene peker på at enhver uvarslet bevissikring i motpartens lukkede rom innehar elementer som både styrker og reduserer inngrepets størrelse. Det avgjørende må være om inngrepet er av et slikt omfang at bevissikringen må omfattes av forbudet mot husransaker, jf. Grl. § 102 første ledd annet pkt. Dess færre reduserende faktorer som er til stede, desto mer sannsynlig er det at inngrepet er forbudt. Tilsvarende vil det være motsatt dersom inngrepet reduseres slik at motparten opplever så mye kontroll og forutberegnelighet det er mulig å få etter forholdene. Hvorvidt bevissikringen i motpartens lukkede rom omfattes av forbudet må derfor bero på en konkret vurdering. Enhver uvarslet bevissikring i motpartens lukkede rom faller altså ikke innenfor forbudet.

3.3 Hvilke lokaler omfattes av forbudet i Grl. § 102 første ledd annet punktum?

Det neste steget i vurderingen av Grl. § 102 første ledd annet pkt. er å avklare hvilke lokaler som omfattes av forbudet. Selv om bevissikringen som sådan regnes som en husransakelse, må det foretas en vurdering av om de aktuelle lokalene som ransakes er vernet.

En naturlig forståelse av begrepet "husransakelse", tilsier at forbudet er begrenset til privatpersoners hjem eller bolig, altså ens sedvanlige oppholdssted. Private hjem faller klart innenfor forbudet, noe som også synes å være forutsatt i forarbeidene hvor det fremgår at forbudet mot husransaker omfatter "en bolig, et hus, et rum, et område ell. lign.[sic!]"¹³⁴

Nevnte forarbeidsuttalelse åpner også for at forbudet omfatter flere lokaler enn private hjem.¹³⁵ Høyesterett har kommet med betraktninger som trekker i samme retning i HR-2016-471-U *Fjøskjennelsen*. Et av spørsmålene retten kommenterte var om et fjøs var vernet av forbudet i Grl. § 102. Uten å konkludere på spørsmålet om hvilke lokaler som er vernet, kom retten med uttalelser som indikerte at det er adgang til å vektlegge om undersøkelsen ville gripe inn i privatlivsinteresser.¹³⁶ Hva som ligger i "privatlivsinteresser" ble ikke forklart. Uttalelsen kan imidlertid tyde på at det er adgang til å vurdere hvilke lokaler som omfattes av forbudet, og at vernet favner mer enn bare boliger.

¹³⁴ Jf. Dok. nr. 19 (2011–2012) s. 80-81.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Jf. *Fjøskjennelsen* avs. 15.

Reelle hensyn trekker også i retning av at forbudet omfatter mer enn private hjem. Det er fordi mye av den samme intime og private aktiviteten som finner sted i hjemmet også kan forekomme andre steder, som hytter og andre fritidsboliger. Derfor vil undersøkelser på fritidseiendommer i likhet med hjemmet utgjøre et betydelig inngrep i den private sfære og nyter følgelig beskyttes av Grl. § 102 første ledd annet pkt.

Selv om forbudet omfatter mer enn private hjem er det tvilsomt om vernet også omfatter kontorlokaler. En alminnelig tolkning av "*husransakelse*" (min kursivering) tilsier at kontorlokaler faller utenfor forbudet, fordi ordlyden knytter seg til ransaker av hus og hjem. Til støtte for tolkningen vises det til juridisk teori hvor liknende betraktninger har bred oppslutning.¹³⁷

Likevel tilbringer arbeidstakere som regel mye tid på kontoret, og kanskje like mye tid som hjemme. Derfor er det tenkelig at mange av de samme hensynene som begrunner hjemmets ukrenkelighet også gjør seg gjeldende på kontoret. På arbeidsplassen er grensene mellom privatlivet og arbeidslivet uskarpe fordi det er lett å bytte mellom arbeid og personlige aktiviteter. Veien er altså kort fra at en utfører arbeidsoppgaver på datamaskinen til at en gjør private søk og har private samtaler på chat eller e-post, akkurat som en ville gjort hjemme. Den uskarpe grensen mellom privatliv og arbeidsliv trekker i retning av at kontorlokaler er vernet etter forbudet mot husransaker.¹³⁸

Sammenblandingen av privatliv og arbeidsliv er likevel ikke av en slik art at de er umulige å separere. Det foreligger blant annet en fysisk separasjon mellom personlige- og arbeidsrelaterte eiendeler, siden kontorlokalet og hjemmet er lokalisert på ulike steder. Videre vil ikke et kontor være et område som vanligvis er assosiert med privatliv og familie, selv om det er vanlig å ha private eiendeler som klær og bilder på kontoret. Det er fordi en tar med seg en beskjeden del av sitt private liv til arbeidsplassen, og sannsynligvis tar en heller ikke med seg det mest private og nære. Separasjonen av hjemmet og arbeidet medfører at en

¹³⁷ Se NOU 2009:15 Skjult informasjon – åpen kontroll, vedlegg 2: Erling Johannes Husabø «*Grunnlova § 102 og bruk av enkelte tvangsmidler for å førebyggja eller avverja straffbare handlingar*» s. 409, med videre henvisninger.

¹³⁸ Jf. Dok. nr. 19 (2011–2012) s. 80-81.

bevissikring i et kontorlokale ikke synes å være like inngripende som om bevissikringen skulle skjedd i et privat hjem. Dette taler for at kontorlokaler faller utenfor vernet i Grl. § 102.

I samme retning trekker det forhold at en begrenset mengde privat aktivitet finner sted på kontoret. Blant annet er nok hovedvekten av korrespondansen og det en foretar seg på jobb i tilknytning til arbeidslivet, til forskjell fra hjemme hvor det meste av aktivitet og korrespondanse er privat. Selv om enkelte hensyn overlapper når det gjelder kontorlokaler og hjemmet, er ikke dette tilstrekkelig for at kontorlokaler skal omfattes av vernet. Etter dette tilsier den samlede vekten av forbudets ordlyd og bakenforliggende hensyn at kontorlokaler faller utenfor vernet i Grl. § 102 første ledd annet pkt.

I en mellomstilling mellom hjem og kontorlokaler befinner hjemmekontor seg.

Sammenblanding av arbeidslivet og privatlivet er også til stede på hjemmekontoret. Her kan det imidlertid være enda vanskeligere å skille mellom tid brukt på arbeid og tid brukt på personlige aktiviteter, sammenlignet med rene kontorlokaler. Hjemmekontoret mangler en fysisk separasjon mellom personlige- og arbeidsrelaterte eiendeler i langt større grad enn tilfeller hvor kontoret er geografisk adskilt fra hjemmet. Derfor er det mer nærliggende å vurdere hjemmekontoret som en forlengelse av den personlige sfæren sammenlignet med alminnelige kontorlokaler. Et hjemmekontor vil være nært forbundet med et område som vanligvis er assosiert med privatliv og familie, noe som taler for at hjemmekontorer er innenfor det en i alminnelighet forbinder med hus og hjem.

På grunn av den tette forbindelsen mellom privatlivet og arbeidsplassen taler både ordlyd og bakenforliggende hensyn for at hjemmekontorer også kan falle innenfor forbudet mot husransaker i grl. § 102. Derfor synes hjemmekontoret å være vernet når det mangler en fysisk separasjon mellom kontoret og hjemmet. Hvorvidt et hjemmekontor vernes av forbudet når kontoret er i et uthus eller i større grad adskilt fra hjemmet er mer tvilsomt og må vurderes konkret.

Forbudet mot husransaker omfatter private hjem og liknende lokaler. Rene kontorlokaler omfattes ikke av vernet.

4 Tilfredsstillere reglene om gjennomføring av bevissikring kravene i EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102?

4.1 De materielle vilkårene for inngrep i retten til privatliv

Kapittel 4 har til formål å besvare avhandlingens andre underproblemstilling. For å besvare problemstillingen, er det nødvendig å vurdere om bevissikringsreglene tilfredsstillere de materielle begrensningene for inngrep som følger av EMK art. 8 nr. 2.¹³⁹ Derfor må det materielle innholdet i EMK art. 8 redegjøres for først.

Retten til privatliv i EMK art. 8 nr. 1 lyder som følger:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

Ordlyden indikerer at enhver har rett til privatliv. Derfor er privatpersoner og juridiske personer, og deres hjem og kontorlokaler vernet etter EMK art. 8. Dette er også slått fast i flere avgjørelser fra EMD.¹⁴⁰ Gjennomføringen av bevissikring utenfor rettsak er klart inngrep i retten til privatliv, jf. EMK art. 8 nr. 1.

Etter EMK art. 8 nr. 2 har myndighetene adgang til å gjøre inngrep i retten til privatliv dersom vilkårene for inngrep er oppfylt. Vilkårene for inngrep lyder som følger:

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Som det fremgår av ordlyden i EMK art. 8 nr. 2 kan det gjøres inngrep i retten til privatliv dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig.

¹³⁹ Slik redegjort for i avhandlingens kapittel 1.2 behandles Grl. § 102 og EMK art. 8 samlet.

¹⁴⁰ Jf. blant annet *Petri Sallinen mot Finland* [C], no. 50882/99 (2005) avs. 70 og *Bernh Larsen Holding AS mot Norge* [C], no. 24117/08 (2013) avs. 104-105.

I det følgende vil jeg kun analysere lovkravet i EMK art. 8 nr. 2. Dette er fordi bevissikring utenfor rettsak klart forfølger et legitimt formål, da inngrepet gjøres "for the protection of the rights and freedoms of others".¹⁴¹ Videre beror proporsjonalitetsvurderingen på en konkret vurdering av en saks faktiske omstendigheter.¹⁴² Momentene i denne vurderingen er allerede redegjort for i avhandlingens kapittel 2.3.5, og innholdet i vurderingen vil ikke gjentas her.

4.2 Hvilke krav stilles til hjemmelen for gjennomføring av bevissikring, jf. EMK art. 8 nr. 2 "in accordance with the law"?

Dette kapittelet innebærer en redegjørelse av det materielle innholdet i lovkravet i EMK art. 8 nr. 2. Redegjørelsen er nødvendig for den konkrete vurderingen av om bevissikringsreglene møter lovkravet, som gjøres i avhandlingens kapittel 4.3.

Kravet om lovhjemmel i EMK art. 8 nr. 2 følger av ordlyden "in accordance with the law". Ordlyden "in accordance with the law" forstås til at inngrepet må fremgå av rettsregler som gir adgang til å gjennomføre inngrepet. EMD har lagt en liknende forståelse til grunn i blant annet *Lebois mot Bulgaria* avs. 66.¹⁴³ EMD fremholdt at hjemmelsgrunnlagets funksjon er å sette borgeren i stand til å forutberegne sin rettsstilling ved statens inngrep. For å oppfylle funksjonen må det stilles krav til reglenes klarhet og tilgjengelighet. Klarhetskravet innebærer at regelen må være formulert på en slik måte at borgeren kan forstå innholdet i og rekkevidden av bestemmelsene. Tilgjengelighetskravet innebærer at borgeren må ha tilgang på reglene.

I *Lebois mot Bulgaria* avs. 66 presiserte EMD hva som kreves for at lovhjemmelen er å betrakte som tilstrekkelig tilgjengelig:

Although that does not entail that the all detailed conditions and procedures governing the interference have to be laid down in the substantive law itself, the requirements of Article 8 § 2 are not met if points which cannot be satisfactorily resolved on the basis

¹⁴¹ Etter EMK artikkel 6 nr. 1 har enhver rett til å få avgjort sine sivile krav for domstolene på en rettferdig måte. Når bevissikring gjennomføres på grunn av fare for bevisforspillelse, bidrar dette blant annet til å sikre partens tilgang til domstolene i tråd med EMK artikkel 6 nr. 1.

¹⁴² Jf. «necessary in a democratic society» i EMK art. 8 nr. 2.

¹⁴³ I *Lebois mot Bulgaria* [C] no. 67482/14 (2017) tok retten stilling til om Klagerens besøks- og kommunikasjonsbegrensninger under varetekt i Bulgaria var i tråd med EMK art. 8 nr. 2.

of the substantive law are set out in internal orders of which the detainees have not been made sufficiently aware (...). [R]elating to the accessibility of the law more generally (...), the ways in which detainees can be made aware of those internal orders may vary. These ways must, however, be adequate in the circumstances.

Basert på EMDs uttalelse innebærer ikke tilgjengelighetskravet at detaljerte vilkår og prosedyrer må fremgå av formell lov eller forskrift. Den nærmere reguleringen kan også fremgå av rundskriv, direktiv eller interne håndbøker. Avgjørelsen gir ingen føringer for hvordan borgeren skal informeres om retningslinjene og deres innhold, for uten at borgeren ut fra omstendighetene må informeres på en tilstrekkelig måte. Det sentrale må derfor være at saksbehandlingen er regulert på en måte som gir klare og spesifikke prosessuelle garantier, som er egnet til å skape forutberegnelighet og rettssikkerhet for borgeren. Hvis disse forholdene er tilstede er tilgjengelighetskriteriet oppfylt.

Når det gjelder klarhetskravet uttalte EMD, i *Khlyustov mot Russland*, at:

The phrase “in accordance with the law” also requires the domestic law to be compatible with the rule of law; it thus implies that there must be a measure of protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by Convention (see *Malone v. the United Kingdom*, 2 August 1984, § 67, Series A no. 82). A law which confers a discretion must indicate the scope of that discretion, although the detailed procedures and conditions to be observed do not necessarily have to be incorporated in rules of substantive law.¹⁴⁴

Uttalelsen indikerer at dersom hjemmelen for inngrepet åpner for utøvelse av skjønn, noe som kan gjøre hjemmelen mindre klar, må samtidig omfanget av den kompetente myndighets skjønnsutøvelse fastsettes. Hvordan et inngrep skal gjennomføres må derfor fremgå med tilstrekkelig klarhet, slik at borgeren vernes mot vilkårlige inngrep og har mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. Det kreves likevel ikke en detaljregulering av alle mulige inngrep, som gjør at borgeren i alle tilfeller kan forutberegne nøyaktig hva som vil skje ved oppfyllelse av vilkårene.

¹⁴⁴ Se *Khlyustov mot Russland* [C], no. 28975/05 (2013) avs. 70 med videre henvisninger.

Kravene til klarhet og tilgjengelighet må videre sees i lys av situasjonen og det konkrete inngrepet.¹⁴⁵ Hverken EMD eller Høyesterett har uttalt seg om hvilke særlige krav som stilles til lovhjemmel når det er tale om undersøkelser av kontorlokaler og hjem i sivilrettslige saker. Domstolene har imidlertid kommet med uttalelser om hvilke krav som stilles ved ransaking i straffeprosessen. Siden EMK art. 8 ikke skiller mellom sivilrettslige og strafferettslige inngrep, kan forståelsen av ordlyden i straffeforfølgningssaker være veiledende for hvordan lovkravet skal forstås i sivilrettslige saker. I det følgende vil jeg derfor redegjøre for EMDs avgjørelse *Saber mot Norge* [C], no. 459/18 (2020) og den etterfølgende avgjørelsen i HR-2022-1317-A og vurdere om avgjørelsene innehar uttalelser om lovkravet som er overførbare til forståelsen av lovkravet i en bevissikringssak.

I EMDs avgjørelse *Saber mot Norge* vurderte retten om Norge hadde gode nok regler for å sikre at korrespondansen mellom tiltalte og dens advokat ikke kom i hendene på politiet ved beslag. Retten mente at Norge manglet klare og spesifikke prosessuelle garantier for å ivareta tiltaltes rettssikkerhet ved utsorteringen av advokatkorrespondansen. Av denne grunn konkluderte EMD med at lovkravet i EMK art. 8 nr. 2 ikke var møtt. I HR-2022-1317-A, som gjaldt et liknende tilfelle som *Saber mot Norge*, hadde politiet også beslaglagt datamateriale hvor det blant annet befant seg korrespondanse mellom siktede og hans advokat. Forskjellen fra *Saber mot Norge* var at Riksadvokaten hadde utformet et rundskriv for å tilfredstedsstille lovkravet i EMK art. 8 nr. 2, som følge av at Norge ble felt i *Saber mot Norge*. På grunn av Riksadvokatens rundskriv vurderte Høyesterett at lovkravet var møtt i denne saken.

I HR-2022-1317-A uttalte retten, basert på *Saber mot Norge*,¹⁴⁶ følgende om EMKs krav til nasjonal regulering av ransakings- og beslagsprosessen:

Det er altså et krav at nasjonalt regelverk gir individet beskyttelse mot vilkårlig inngrep i rettighetene etter artikkel 8. Regelverket må derfor være så klart at det gir borgerne tilstrekkelig informasjon om når og under hvilke betingelser myndighetene har adgang til å ransake og beslaglegge taushetsbelagt materialet. Inngrepets alvorlige karakter tilsier at regelverket må være særlig presist.

¹⁴⁵ Jf. *Malone mot Storbritannia* [GC], no. 8691/79 (1984) avs. 68

¹⁴⁶ Se *Saber mot Norge* avs. 50.

Høyesteretts formulering av lovkravet knytter seg *spesifikt* til den strafferettslige konteksten, hvor inngrepet det er tale om er ransaking og beslag av særlig vernet korrespondanse. Særlige straffeprosessuelle hensyn, som anklageprinsippet og forbudet mot selvinnkriminering står sentralt i Høyesteretts vurdering.¹⁴⁷ Dette er ikke hensyn som gjør seg gjeldende i en sak om bevissikring. Likevel gir uttalelsen også noen generelle bidrag til terskelen: dersom det er tale om et alvorlig inngrep må reglene være klare og gi borgerne tilstrekkelig informasjon om inngrepet. Borgerens forutberegnelighet og rettssikkerhet er viktig ved alle alvorlige inngrep, uavhengig av om inngrepet kan medføre straff. Dette underbygges av at vilkårene for inngrep etter EMK art. 8 nr. 2 gjelder både i sivile saker og straffesaker. Høyesteretts og EMDs mer generelle uttalelser kan derfor benyttes i andre spørsmål ved tolkningen av lovkravet i EMK art. 8 nr. 2, herunder hvilke krav som kan stilles til hjemmelen ved en uvarslet bevissikring i motpartens lukkede rom.

En uvarslet bevissikring i motpartens lukkede rom utgjør et alvorlig inngrep i motpartens privatliv. Inngrepet må derfor ha hjemmel i formell lov, som er tilgjengelig og hvor kompetansen fremgår av en klar og presis ordlyd. At bevissikringen utgjør et alvorlig inngrep illustreres av at bevissikringen innebærer en gjennom søkning av motpartens hjem eller kontorlokaler. Dette er en situasjon som kan oppleves belastende og inngripende. Som tidligere nevnt, forutsetter bevissikringsreglene tvang,¹⁴⁸ noe som også understreker inngrepets alvorlige karakter. Bevissikringens karakter tilsier derfor at det bør stilles strenge krav til saksbehandlingsreglenes klarhet og tilgjengelighet.

Hensynet til motpartens rettssikkerhet trekker også i retning av at lovkravet er strengt ved bevissikring utenfor rettssak. Klare regler om gjennomføringen gjør det enkelt for borgeren å forutberegne sin rettsstilling under sikringen. Dette gir borgeren et effektivt og synbart vern mot myndighetsmisbruk og reduserer risikoen for at bevissikringen går utover det som er tillatt. I tillegg vil klare rammer for gjennomføringen sikre etterprøvbarehet, som er en viktig rettssikkerhetsgaranti for motparten. Etter dette stilles strenge krav til saksbehandlingsreglenes klarhet og tilgjengelighet ved uvarslet bevissikring utenfor rettssak.

¹⁴⁷ Id. avs. 35.

¹⁴⁸ Se avhandlingens kapittel 2.4.

4.3 Er reglene om bevissikring utenfor rettsak i samsvar med lovkravet i EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102?

4.3.1 Innledning

I denne delen av avhandlingen er formålet å vurdere konkret om reglene for bevissikring utenfor rettsak møter lovkravet i EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102 første ledd første pkt. De materielle vilkårene for uvarslet bevissikring har hjemmel i formell lov i tvl. §§ 28-2 og 28-3 fjerde ledd, hvor vilkårene er klare og tilgjengelige for borgeren. Tvilen knytter seg til om reglene for *gjennomføring* er tilstrekkelig klare og presise i henhold til lovkravet i Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 2, gjennomgått rett ovenfor i punkt 4.2. I det følgende vil jeg vurdere flere regler opp mot lovkravet i EMK art. 8 nr. 2, herunder reglene i tvisteloven, tvangsfullbyrdelsesloven og namsmannens interne retningslinjer.

4.3.2 Oppfyller tvistelovens saksbehandlingsregler kravet om klarhet og tilgjengelighet?

Først vil jeg vurdere om reglene i tvisteloven er tilstrekkelige til å oppfylle lovkravet etter EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102. Bestemmelsen om gjennomføring av bevissikring er offentlig og fremgår av tvl. § 28-4. Kravet om tilgjengelighet er oppfylt.¹⁴⁹ Tvilen knytter seg til om reglene for selve gjennomføringen av bevissikringen er tilstrekkelig klare og presise. For å avgjøre dette, må bestemmelsens innhold klarlegges.

Ordlyden i tvl. § 28-4 er som følger:

For gjennomføringen av bevissikring gjelder reglene om tilgang til realbevis og bevisopptak i rettsak tilsvarende så langt de passer.

Passusen utgjør rettsgrunnlaget for fullbyrdelsen av bevissikringen når vilkårene i tvl. § 28-2 og § 28-3 fjerde ledd er oppfylt.¹⁵⁰ Reglene det henvises til er reglene om tilgang til realbevis i tvl. kapittel 26 og bevisopptak i rettsak i kapittel 27. Kun førstnevnte er relevant i denne sammenhengen.

¹⁴⁹ Jf. lovkravet i EMK art. 8 nr. 2 som innebærer et krav om tilgjengelighet.

¹⁵⁰ Det materielle innholdet i bestemmelsene er redegjort for i avhandlingens kapittel 2.3.

Ordlyden "så langt de passer" peker på at reglene det henvises til skal anvendes i den grad de er relevante og hensiktsmessige for gjennomføring av bevissikring. Videre indikerer ordlyden at reglene skal tilpasses og brukes i den grad det er nødvendig for å oppnå formålet til tvisteloven kapittel 28, som blant annet er å unngå bevisforspillelse.¹⁵¹ Dette innebærer at det ikke nødvendigvis kan legges en lik forståelse til grunn når en anvender tvl. kapittel 26 i spørsmål om bevissikring.¹⁵²

For så vidt angår realbevis, jf. § 26-1, vil gjennomføringen av bevissikring følge reglene i tvl. § 26-7 tredje ledd *så langt de passer*, jf. tvl. § 28-4.¹⁵³ I det følgende vil derfor innholdet i tvl. § 26-7 tredje ledd redegjøres for først. Deretter skal det vurderes om reglene i kapittel 26 må tilpasses ved bevissikring utenfor rettssak uten forhåndsvarsel.

Av tvl. § 26-7 tredje ledd første pkt. følger det at:

Retten treffer i nødvendig utstrekning nærmere bestemmelser om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på, hvordan det skal oppbevares og andre forhold av betydning for føringen av beviset.

Bestemmelsen gir domstolene myndighet til å bestemme hvordan bevisene skal tilgjengeliggjøres. Ordlyden setter dermed ingen skranker og gir heller ingen veiledning om hvilke virkemidler som kan anvendes i en sak om bevis tilgang. Forarbeidsuttalelsene til § 26-7 tredje ledd gir heller ingen veiledning om hvilke virkemidler som er til domstolenes disposisjon ved krav om bevis tilgang.¹⁵⁴

Høyesterett har i HR-2021-69-U avs. 22 tolket ordlyden i tvl. § 26-7 som "en vid, skjønnsmessig adgang for retten til å treffe bestemmelser som retten anser nødvendige, "om rådighetsstillelsen og om forhold av betydning for føringen av beviset".¹⁵⁵ Retten har med andre ord betydelig frihet til å fastsette retningslinjer for å kreve bevis fremlagt etter tvl. kapittel 26.

¹⁵¹ Jf. NOU 2001:32 B s. 987.

¹⁵² Se avhandlingens kapittel 2.5 for en redegjørelse av forskjeller mellom tvl. kapittel 26 og 25.

¹⁵³ Jf. HR-2021-69-U og HR-2019-439-A.

¹⁵⁴ Se NOU 2002:32 B s. 981-982 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 468.

¹⁵⁵ Med henvisning til HR-2020-2469-A avs. 36.

I en bevissikringssituasjon gir derfor ikke tvl. §§ 26-7 tredje ledd, jf. 28-4 ytterligere veiledning om hvordan en bevissikring skal gjennomføres. Dette følger også av RG. 2007 s. 736 *Tom & Jerry*. I *Tom & Jerry* uttalte retten at domstolene har betydelig skjønnsfrihet ved fastsettelsen av retningslinjene for gjennomføring av bevissikring. I saken fikk den begjærende parten innvilget bevissikring utenfor rettssak, uten forutgående varsel.¹⁵⁶ Om hvilke virkemidler som sto til disposisjon ved gjennomføringen uttalte retten følgende:

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 gitt 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 slutningen må kunne pålegge motparten å gi tilgang til de(t) aktuelle lokale(r)(...)[sic!]

Retten påpeker at tvisteloven ikke sier noe hvilke virkemidler som kan anvendes ved bevissikring. Det adresseres heller ikke spesifikt hvilke virkemidler namsmannen har til rådighet, for uten å påpeke at det nok ikke er gitt hjemmel til å bryte seg inn i lokaler. Uttalelsene *Tom & Jerry* underbygger som sådan det som følger av ordlyden i tvl. § 26-7 tredje ledd, HR-2021-69-U og forarbeidene. Dette øker uttalelsenes rettskildemessige vekt ved forståelsen av tvl. §§ 26-7 tredje ledd, jf. 28-4.

Etter dette er det opp til retten å bestemme hvordan bevisene skal sikres, jf. tvl. §§ 26-7 tredje ledd, jf. 28-4. Tvisteloven mangler derfor klare og presise retningslinjer når det kommer til gjennomføringen av bevissikring i motpartens lukkede rom. Motparten har derfor begrenset mulighet til å forutberegne sin rettsstilling ved gjennomføringen av bevissikring basert på tvistelovens regler. Derfor oppfyller ikke tvisteloven alene lovkravet i EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102.

¹⁵⁶ Kjennelsen knytter seg til de likelydende reglene i tvistemålsloven (1915) §§ 271 a, jf. 276.

4.3.3 Kan reglene i tvangfullbyrdelsesloven benyttes som presiserende regler for å oppfylle kravet om klarhet og tilgjengelighet?

I dette kapittelet vil jeg vurdere om reglene i tvangfullbyrdelsesloven kan tilfredsstillere lovkravet i EMK art. 8 nr. 2. Det første som må avklares er om tvangfullbyrdelsesloven kommer til anvendelse i en sak om bevissikring.

Tvisteloven §§ 26-8, jf. 28-4 gjelder tvangsgjennomføring av kjennelser om bevis tilgang, som tvangfullbyrdes etter tvangfullbyrdelsesloven. Av tvl. § 26-8 første ledd følger det at:

Hvis en som ikke er part, nekter å etterkomme rettskraftig kjennelse om tilgang til bevis, kan retten treffe avgjørelse om at kjennelsen skal tvangfullbyrdes.

Kjennelser om bevis tilgang kan altså tvangfullbyrdes hvis kjennelsen retter seg mot en som "ikke er part". En naturlig språklig forståelse av "ikke er part", tilsier at kjennelsen ikke kan rette seg mot en av de opprinnelige partene i tvisten som kjennelsen om bevis tilgang gir grunnlag for. Tvangfullbyrdelse etter § 26-8 første ledd kan derfor ikke gjøres overfor sakens parter. Regelen i tvl. § 26-8 første ledd knytter seg dermed til tredjeparter.

Spørsmålet er derfor om motparten i en uvarslet bevissikringssak faller innenfor partsbegrepet, eller om vedkommende må anses som en tredjepart i denne sammenhengen. I en bevissikringssak vil kjennelsen rette seg mot en person som ikke har kunnskap om saken og derfor heller ikke mulighet til å utøve partsrettigheter.¹⁵⁷ Dette er likt for tredjeparter i alminnelige tvistesaker, da de heller ikke har adgang til å utøve partsrettigheter. En kan derfor argumentere for at § 26-8 første ledd passer i bevissikringssituasjonen fordi det i begge tilfeller handler om å skaffe til veie bevis hos personer som ikke utøver partsrettigheter.

Videre er tvl. § 26-8 første ledd begrenset til tredjeparter fordi tvisteloven har andre virkemidler som kan benyttes ovenfor partene dersom bevis tilgang ikke gis frivillig.¹⁵⁸ Disse virkemidlene er forbeholdt partene og kan ikke benyttes overfor tredjeparter. Derfor fungerer tvl. § 26-8 første ledd som det eneste virkemiddelet som kan tvinge tredjeparter til å gi bevis tilgang i tilsvarende situasjoner. Det samme gjelder i en uvarslet bevissikringssak da det

¹⁵⁷ Jf. forutsetningsvis tvl. § 28-3 fjerde ledd.

¹⁵⁸ Blant annet fristforelegg og fraværdom, jf. § 16-7 annet ledd, jf. §§ 16-9 og 16-10.

heller ikke er mulig å benytte virkemidler som gjelder for partene overfor motparten. Dette momentet trekker også i retning av at motparten må sees på som en tredjepart i denne sammenhengen.

Resonnementet om at motparten faller utenfor partsbegrepet harmonerer imidlertid ikke med systemet i tvl. § 28-3. Det fremgår av § 28-3 annet ledd at motparten er part, og har rett til å utøve partsrettigheter.¹⁵⁹ Det følger ikke av regelens tredje ledd at en uvarslet bevissikring fraviker dette utgangspunktet. Tvert imot omtales fortsatt vedkommende som "motparten".¹⁶⁰ Regelen må derfor forstås slik at motparten fortsatt er part, men uten mulighet til å utøve partsrettigheter når det er tale om en uvarslet bevissikring.¹⁶¹ At motparten fortsatt regnes som part synes også å være forutsatt i forarbeidene.¹⁶² Det vil med andre ord ikke være tale om å tvangsfullbyrde en kjennelse hos en tredjepart, slik § 26-8 første ledd forutsetter, men hos en part. Dette innebærer at regelen ikke passer ved gjennomføring av bevissikring hos motparten.

Et mulig alternativ til tvl. §§ 26-8, jf. 28-4 som hjemmel for at tvangsfullbyrdelsesloven kommer til anvendelse ved bevissikring, er tvl. § 19-13. Bestemmelsen oppstiller en generell regel som gjelder fullbyrdelse av rettslige avgjørelser. Av § 19-13 første ledd følger det at:

Rettslige avgjørelser som pålegger noen en plikt til å foreta, unnlate eller tåle en handling, kan fullbyrdes etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven.

Bestemmelsen viser til tvangsfullbyrdelseslovens regler ved fullbyrdelsen av rettslige avgjørelser, hvor noen pålegges "en plikt til å foreta, unnlate eller tåle en handling".

Kjennelser om bevissikring pålegger motparten å *foreta* seg noe da retten pålegger motparten å gi namsmannen tilgang til bevisene. Spørsmålet er da om bevissikringskravet kan fullbyrdes etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven.

Krav som lyder på annet enn penger kan tvangsfullbyrdes dersom tvangsgrunnlaget er tvangskraftig.¹⁶³ Kjennelser er tvangskraftige når de "er forkynt og en eventuell

¹⁵⁹ Jf. NOU 2001:32 B s. 989.

¹⁶⁰ Jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd.

¹⁶¹ Jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd.

¹⁶² Se NOU 2001:32 B s. 989.

¹⁶³ Jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 13-1, jf. §§ 4-4 til 4-19.

oppfyllelsesfrist er oversittet", jf. tvangfullbyrdsloven § 4-13 første ledd.¹⁶⁴ Etter dette er tvangfullbyrdelse for det første betinget av at kjennelsen *meddeles* motparten, slik at hen blir oppmerksom på pliktene som følger av kjennelsen. For det andre må motparten oversitte den meddelte fristen hen har fått å oppfylle forpliktelsene. Det kreves altså ikke at kjennelsen er rettskraftig.

I forarbeidene uttales det at "kjennelse[r] som åpner adgang til tvangfullbyrding, alltid forkynnes for partene" og at det "alltid skal settes en oppfyllelsesfrist når en ytelse eller handling pålegges".¹⁶⁵ Forarbeidsuttalelsene gir anvisning om at vilkårene er preseptoriske, og at det ikke eksisterer unntak fra vilkårene om forkynnelse og oppfyllelsesfrist.

Til støtte for et slikt synspunkt har Hjort uttalt at tvangfullbyrdsloven bare kommer til anvendelse når kjennelsen er forkynt og oppfyllelsesfristen er oversittet.¹⁶⁶ Dette tilsier at reglene i tvangfullbyrdsloven ikke kan anvendes når det er tale om en uvarslet bevissikring. Hjorts synspunkt harmonerer med tvangfullbyrdslovens system og hensynet til den som har et krav mot seg. Dette er fordi tvangfullbyrdelse bare er aktuelt når motparten har fått kunnskap om sine plikter på forhånd og har fått muligheten til å oppfylle pliktene *frivillig* innenfor fristen. Først etter dette kan namsmannen tvangfullbyrde kjennelsen.

I kommentarutgaven til tvisteloven argumenterer imidlertid Schei m.fl. for at tvl. § 28-3 fjerde ledd første pkt. må "anses som en spesialregel som går foran eller supplerer det som ellers måtte følge av § 19-13 og tvangfullbyrdslovens regler."¹⁶⁷ Schei m.fl. begrunner synspunktet med at ved "kjennelse om bevissikring uten varsel til motparten, vil det indirekte følge av § 28-3 fjerde ledd at oppfyllelsesfristen er senest idet motparten gjøres kjent med kjennelsen."¹⁶⁸ Leses tvangfullbyrdsloven § 19-13 i lys av tvl. § 28-3 som en spesialregel for tvangfullbyrdelse, er vilkårene i tvangfullbyrdsloven oppfylt fordi motparten får kjennelsen forkynt og får en umiddelbar oppfyllelsesfrist ved sikringen. Uttalelsen taler derfor

¹⁶⁴ Kjennelser er alminnelige tvangsgrunnlag, jf. tvangfullbyrdsloven §§ 13-2, jf. 4-1 annet ledd litra a.

¹⁶⁵ Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 115 hvor det vises til tvistemålsloven (1915) §§ 164 og 146 som tilsvarende dagens tvl. §§ 19-5 og 19-7.

¹⁶⁶ Se Hjort (2016) s. 282 flg.

¹⁶⁷ Se Tore Schei mfl., "Tvisteloven. Lovkommentar", § 28-4. Gjennomføringen av bevissikring, Juridika (26. april 2024)

¹⁶⁸ Ibid.

for at tvangfullbyrdelseslovens regler kan anvendes for gjennomføringen av bevissikringssaker.

Til støtte for resonnetet til Schei m.fl. vises det til bevissikringsreglenes forutsetning. Når bevissikring er begjært forutsetter reglene at motparten ikke får mulighet til å gi bevis tilgang frivillig. Dersom motparten fikk anledning til å overlevere bevisene selv ville bevissikringsreglene mistet sin funksjon i bevisforspillesestilfellene. Dette er fordi en frykter at motparten vil manipulere eller destruere bevisene. Derfor kan det være formålstjenlig å lese vilkårene for tvangfullbyrdelse i lys av at det er en bevissikringskjennelse med hjemmel i tvl. §§ 28-2 og 28-3 fjerde ledd som skal fullbyrdes.

Mot Scheis m.fl. sitt synspunkt kan det innvendes at motparten i realiteten ikke får mulighet til å fullbyrde kjennelsen frivillig fordi bevissikringen innebærer et umiddelbart tvangselement.¹⁶⁹ Tvangfullbyrdelse av bevissikringskjennelser bygger derfor på helt andre forutsetninger enn alminnelige saker som fullbyrdes etter tvangfullbyrdelsesloven. Siden tvangfullbyrdelsesloven bygger på et utgangspunkt om frivillighet og bevissikringsreglene bygger på et utgangspunkt om tvang synes ikke reglene å passe sammen. Tvisteloven § 28-3 fremstår dermed ikke som et naturlig unntak fra tvangfullbyrdelseslovens vilkår for å få et tvangskraftig tvangsgrunnlag. Tvangfullbyrdelseslovens preseptoriske karakter trekker i samme retning, da vilkårene ikke kan oppfylles slik § 4-13 forutsetter.¹⁷⁰

Videre kan det påpekes at tvl. § 28-3 fjerde ledd åpner for at det kan sikres bevis uten forutgående varsel, når vilkårene ellers er oppfylt. Regelen for *gjennomføring* av bevissikring følger av tvl. § 28-4, som følgelig er den naturlige hjemmelen i spørsmål om hvordan kjennelsen skal fullbyrdes, herunder tvangfullbyrdes. Kapittel 28 har altså en egen regel om gjennomføring av bevissikring. Derfor er det vanskelig å tolke § 28-3 fjerde ledd som både rettsgrunnlag for inngrepet og som en gjennomføringsregel, som innebærer et unntak fra vilkårene for tvangfullbyrdelse i tvangfullbyrdelsesloven § 4-13. Etter dette synes den indre sammenhengen i lovgivningen og reelle hensyn å trekke i motsatt retning av uttalelsene til

¹⁶⁹ Jf. avhandlingens 2.4.

¹⁷⁰ Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 115 hvor det vises til tvistemålsloven (1915) §§ 164 og 146 som tilsvarer dagens tvl. §§ 19-5 og 19-7.

Schei m.fl. Dermed bør uttalelsene til Schei m.fl. tillegges begrenset vekt i vurderingen av om tvangsfullbyrdelsesloven er anvendelig i bevissikringssituasjonen.

Selv om tvl. § 19-13 første ledd er en generell regel om tvangsfullbyrdelse av handleplikter, passer ikke regelen på det spesifikke tilfellet; bevissikring utenfor rettssak. Dette er fordi reglene bygger på ulike forutsetninger, som medfører at tvangsfullbyrdelseslovens vilkår for å få et tvangskraftig tvangsgrunnlag ikke passer med bevissikringsinstituttet. Å tolke regelen i tvl. § 28-3 fjerde ledd som en presisering av tvangsfullbyrdelsesloven § 4-13 harmonerer derfor ikke med systemet i tvl. kapittel 28. Dette tilser at heller ikke tvl. § 19-13 første ledd kan legitimere bruk av tvangsfullbyrdelsesloven.

Det fremstår dermed ikke som om tvangsfullbyrdelsesloven kan anvendes i bevissikringssaker uten forhåndsvarsel. Da grunnlaget for å benytte tvangsfullbyrdelsesloven i beste fall er svært uklart, kan reguleringen uansett ikke være tilstrekkelig til å oppfylle lovkravet i EMK art. 8 nr. 2.

Praksis fra namsmannen viser at tvangsfullbyrdelsesloven § 13-14 likevel benyttes som presiserende hjemmel for tvangsfullbyrdelsen.¹⁷¹ Regelen oppfyller kravet til tilgjengelighet da den er offentlig.¹⁷² Tvilen knytter seg til om den gir tilstrekkelig presiserende retningslinjer, som kan oppfylle klarhetskravet i EMK art. 8 nr. 2.

Tvangsfullbyrdelsesloven § 13-14 første ledd lyder som følger:

Tvangsfullbyrdelse av andre handleplikter enn de som er nevnt i §§ 13-8, 13-11 og 13-13, skjer ved at tingretten ved kjennelse enten gir saksøkeren rett til å utføre handlingen, eller bestemmer at namsmyndigheten selv skal utføre den, eller pålegger saksøkte en løpende mulkt for hver dag eller uke som går uten at handleplikten blir oppfylt.

Bestemmelsen gir ingen ytterligere presiseringer om hvordan kjennelsen skal tvangsfullbyrdes, for uten at den uttaler at namsmannen innehar den personelle

¹⁷¹ Jf. namsmannens interne retningslinjer.

¹⁷² Jf. EMK art. 8 nr. 2.

kompetansen.¹⁷³ Dersom regelen kan anvendes i bevissikringssaker bidrar den ikke til økt klarhet for hvordan gjennomføringen av en bevissikring skal skje. Dermed kan heller ikke § 13-14 gjøre at klarhetskravet etter EMK art. 8 nr. 2 er oppfylt.

Til sammenligning kan det ses til tvangsfullbyrdsloven § 13-11 om hvordan fravikelse av fast eiendom tvangsfullbyrdes. Bestemmelsen gir uttrykk for hvordan fullbyrdelsen skal skje, både med hensyn til hvordan eiendommen skal fravikes og hva som skjer med løsøret som ikke beslaglegges. Disse saksbehandlingsreglene skaper trygghet og forutberegnelighet for saksøkte.¹⁷⁴ Hvis tvangsfullbyrdsloven § 13-14 inneholdt en slik presisering hadde nok regelen vært nærmere å oppfylle klarehetskravet.

4.3.4 Oppfyller Namsmannens interne retningslinjer kravene til klarhet og tilgjengelighet?

Som nevnt kan også interne retningslinjer tilfredsstillende lovkravet dersom prosedyrene er klare og tilgjengelige.¹⁷⁵ Namsmannen i Oslo, Asker og Bærum har utarbeidet interne retningslinjer for gjennomføring av bevissikring utenfor rettssak. Retningslinjene gir informasjon om hvordan namsmannen skal forberede seg til en bevissikringssak, samt enkelte prosedyrer for gjennomføringen og etterfølgende prosedyrer. Disse prosedyrene er egnet til å skape rettssikkerhet og forutsigbarhet for motparten. I de fleste tilfeller vil retningslinjene være veiledende for namsmannens kompetanse ved gjennomføringen.

Likevel er ikke gode intensjoner og betryggende gjennomføring tilstrekkelig i et lovkravperspektiv. Formålet med tilgjengelighetskriteriet er å gi borgeren forutberegnelighet, noe som sikres ved tilgjengelige retningslinjer.¹⁷⁶ Namsmannens retningslinjer er ikke offentlig tilgjengelig. Dette medfører at motparten må være til stede ved sikringen for å få kunnskap om retningslinjene og deres innhold. Tilgjengelighetskriteriet kan derfor aldri oppfylles dersom motparten ikke er til stede. Hvis retningslinjene var offentlige kan det tenkes at tilgjengelighetskriteriet hadde vært møtt, jf. EMK art. 8 nr. 2.

¹⁷³ Resterende alternativer om at saksøker kan gjennomføre sikringen og at saksøkte pålegges bot ved unnlatt handleplikt. Ingen av disse er ikke aktuelle da de ikke passer i bevissikringssituasjonen.

¹⁷⁴ Med saksøkte menes den som utsettes for tvangsfullbyrdelsen.

¹⁷⁵ Se avhandlingens kapittel 4.2.

¹⁷⁶ Ibid.

Der motparten er til stede vil nok heller ikke tilgjengelighetskravet være oppfylt. Som tidligere nevnt er dagens praksis at namsmannen informerer motparten om gangen i en bevissikrings sak muntlig.¹⁷⁷ En muntlig gjennomgang ivaretar ikke motpartens forutberegnelighet eller rettssikkerhet i tilstrekkelig grad fordi bevissikringen utgjør et alvorlig og overraskende inngrep. Av denne grunn er nok ikke motparten mottakelig for informasjonen hen får under sikringen. Siden motparten får informasjonen muntlig har hen også begrensede muligheter til å kontrollere at retningslinjene er fulgt i etterkant av sikringen. Hvis motparten fikk retningslinjene utdelt ved gjennomføringen kan det tenkes at retningslinjene hadde vært tilstrekkelig tilgjengelig.¹⁷⁸

Samlet sett får ikke motparten tilstrekkelig forutberegnelighet og rettssikkerhet ved at hen informeres muntlig om gangen i bevissikrings saken *under* bevissikringen. Etter dette synes ikke retningslinjene å være tilstrekkelig tilgjengelige, jf. EMK art. 8 nr. 2.

5 Avsluttende betraktninger

I dette avsluttende kapitlet vil jeg foreta både rettsdogmatiske og rettspolitiske vurderinger. Formålet med kapitlet er å konkludere på avhandlingens problemstilling basert på analysene som er gjort i kapittel 3 og 4. I tillegg skal jeg foreta noen rettspolitiske vurderinger knyttet opp mot disse konklusjonene.

Jeg vil begynne med å hente frem spørsmålet som har dannet utgangspunktet for avhandlingen, nemlig:

om gjeldende regelverk for bevissikring utenfor retts sak er i tråd med Grl. § 102 og EMK art. 8.

Først og fremst er bevissikring utenfor retts sak primært aktuelt for kontorlokaler. Dette skyldes at omfattende bevissikringer i private hjem og tilsvarende lokaler kan regnes som forbudte husransaker, jf. Grl. § 102 første ledd annet pkt.¹⁷⁹ Konsekvensen av dagens regulering er at det i noen tilfeller er forbudt å gjennomføre bevissikring i private hjem og

¹⁷⁷ Se avhandlingens kapittel 2.2.

¹⁷⁸ Jf. EMK art. 8 nr. 2.

¹⁷⁹ Se avhandlingens kapittel 3.

tilsvarende lokaler. Motparten kan i disse tilfellene beholde all relevant dokumentasjon hjemme, trygg på at ingen kan sikre bevisene før rettssaken. Dersom lovgiver ønsker en annen rettstilstand kreves en grunnlovsendring.¹⁸⁰

For bevissikringer som faller utenfor forbudet er ikke gjeldende regelverk for gjennomføring i tråd med EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102 første ledd første pkt.¹⁸¹ Konsekvensen er at det er usikkert om det er lov å gjennomføre en uvarslet bevissikring, da inngrepet potensielt er i et ulovlig inngrep i motpartens rett til privatliv. For å tilfredsstille lovkravet i EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102 kreves en endring i gjeldende regulering.

Spørsmålet er videre hvordan lovkravet kan tilfredsstilles. Først påpeker jeg at det kan være krevende å lage lovregler som uttømmende regulerer gjennomføringen av en bevissikring. Likevel finnes det eksempler på lovregler som beskriver saksbehandlingsreglene ved bevissikring på en måte som er forenelig med lovkravet i EMK art. 8 nr. 2. I det følgende viser jeg til konkurranseloven (krrl.) § 25 og verdipapirhandelloven (vphl.) § 19-5 da de på en klar og tilgjengelig måte gir uttrykk for hvordan en bevissikring skal gjennomføres.

Både krrl. § 25 og vphl. § 19-5 har detaljerte saksbehandlingsregler. Bestemmelsene fastslår hvor bevis kan sikres, hvem som kan sikre bevisene og når det er aktuelt å be om bistand fra politiet.¹⁸² I tillegg åpner begge reglene for at det kan gis forskrifter som skal fastsette nærmere bestemmelser om sikringen.¹⁸³ Tilhørende forskrifter bidrar i større grad til å gi saksbehandlingen klare og tilgjengelige regler.¹⁸⁴

Saksbehandlingen av bevissikringen er spesielt godt regulert i krrl. § 25. I bestemmelsens tredje ledd fremgår detaljerte bestemmelser om hvilke dokumenter som kan sikres, herunder hvilke tilfeller som kan begrunne sikring av originale dokumenter fremfor kopier. Fjerde ledd henviser videre til regler om ransaker etter straffeprosessen og forvaltningskontroller. Dette

¹⁸⁰ Jf. Grl. § 121.

¹⁸¹ Se avhandlingens kapittel 4.3.

¹⁸² Jf. krrl. § 25 annet, tredje og sjette ledd og vphl. § 19-5 første og tredje ledd.

¹⁸³ Jf. krrl. § 25 siste ledd og vphl. § 19-5 siste ledd.

¹⁸⁴ Se avhandlingens kapittel 4.2.

er en henvisning som bidrar til en klar og forutberegnelig regulering av gjennomføringen av bevissikringen.

Bevissikringsreglene i krrl. § 25 og vphl. § 19-5 viser at det er mulig å lage bestemmelser om bevissikring som tilfredsstillende kravene etter EMK art. 8 nr. 2. Derfor er det også mulig å lage bevissikringsregler i tvisteloven kapittel 28 som vil tilfredsstillende disse kravene.

Avslutningsvis fremheves to tungtveiende forhold som taler for at reglene bør endres. For det første er Norge en rettsstat, jf. Grl. § 2. Den norske rettsstatens kjerneverdier er blant annet å beskytte rettsstaten og menneskerettighetene.¹⁸⁵ Hva som ligger i rettsstatsbegrepet er ikke definert. Likevel kan kjernen av begrepet beskrives som "den statsform hvor uavhengige domstoler er garantister for at all myndighetsutøvelse er i samsvar med lov og visse omforente menneskerettigheter."¹⁸⁶ Ved bevissikring i motpartens lukkede rom er ikke dagens regulering i tråd med kjernen av rettsstatsbegrepet. Regelverket bør endres for å sikre at gjennomføringen av bevissikring i motpartens lukkede rom møter kravene i Grl. § 102 første ledd og EMK art. 8 nr. 2.

For det andre bør reglene endres fordi reglene om bevissikring utenfor rettssak har et godt og fornuftig formål. Bevissikringsreglenes overordnede formål er å ivareta den begjærende partens behov for en materielt riktig rettshåndhevelse, som er en viktig rettssikkerhetsgaranti.¹⁸⁷ Ivaretagelse av disse behovene er særlig fremtredende når sikringen er gjort for å hindre bevisforspillelse.¹⁸⁸ Av denne grunn er det behov for å gjøre inngrep i motpartens rett til privatliv. Myndighetene bør derfor ha adgang til å hente bevis i motpartens hjem og kontorlokaler. Forutsetningen er imidlertid en grunnlovsendring for tilfellene som omfattes av forbudet i Grl. § 102 og at bevissikringsreglene tydeliggjør hvordan bevissikringen skal skje i tråd med EMK art. 8 nr. 2 og Grl. § 102 første ledd annet pkt.

¹⁸⁵ Jf. Grl. § 2 og sikringsplikten i EMK art. 1.

¹⁸⁶ Jf. Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven s. 41, sitert fra Jørgen Aall, "Rettsstat og menneskerettigheter", Fagbokforlaget (2007), s. 21–22.

¹⁸⁷ Jf. Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 5.

¹⁸⁸ Se avhandlingens kapittel 2.3.3.

6 Kilderegister

Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov	17. mai 1814
Tvistemålsloven 1915	Lov 13. august 1915 nr. 5 om rettergangsmåten for tvistemål
Tvangsfullbyrdsloven	Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse
Politoloven	Lov 04. August 1995 nr. 53 om politiet
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Konkurranseloven	Lov 03. mai 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
Verdipapirhandelsoven	Lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel

Norske lovforarbeider

Ot.prp. nr. 65 (1990-1991)	Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven)
NOU 1993:18	Lovgivning om menneskerettigheter
NOU 2001:32 A	Rett på sak
NOU 2001:32 B	Rett på sak
Ot.prp. nr. 33 (2003-2004)	Om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Grunnlovsforslag 16 (2007–2008)	Dok.nr.12:16 (2007–2008) Grunnlovsforslag fra Carl I Hagen og Finn-Erik Vinje, vedtatt til fremsettelse av Carl I Hagen, om språklig fornyelse av Grunnloven
NOU 2009:15	Skjult informasjon – åpen kontroll. Vedlegg 2: Husabø, Erling Johannes, " <i>Grunnlova § 102 og bruk av enkelte tvangsmidler for å førebyggja eller avverja straffbare handlinger</i> ".
Dok. nr. 16 (2011–2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 41, sitert fra Aal, Jørgen, " <i>Rettsstat og menneskerettigheter</i> ", Fagbokforlaget (2007), s. 21–22.

Norske rettsavgjørelser

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1976 s. 1 P	<i>Kløfta</i>
Rt. 2004 s. 1723 A	<i>Våpenkontroll</i>
Rt. 2006 s. 626 A	
HR-2014-962-U	
Rt. 2015 s. 93 A	<i>Maria</i>
HR-2016-2554-P	<i>Holship</i>
HR-2018-104-A	
HR-2018-699-A	

HR-2019-439-A

HR-2019-2344-A

HR-2020-2469-A

HR-2021-69-U

HR-2021-655-P

HR-2021-892-U

HR-2022-1317-A

Lagmannsrettsavgjørelser

LB-2011-54359

LE-2012-77346

LB-2017-52438

LB-2017-0524338

LA-2017-61770

LB-2018-14453

LB-2018-182040

LB-2020-75168

LE-2020-119823

LF-2021-161370

LG-2023-8811

Tingrettsavgjørelser

RG. 2007 s. 736	<i>Tom & Jerry</i>
Stavanger tingretts kjennelse 4. mai 2009	(TSTAV-2009-55827)
Kristiansand tingretts kjennelse 11. november 2014	(14-091462TVI-KISA/26)
Nedre Telemark tingretts kjennelse 9. mars 2016	(TNETE-2016-65071)
Kristiansand tingretts kjennelse 23. november 2016	(16-188903TVI-KISA/04)
Drammen tingretts kjennelse 18. februar 2019	(TDRAM-2019-52744)
Kristiansand tingretts kjennelse 5. november 2019	(19-053654TVI-KISA/05)
Agder tingretts kjennelse 17. mars 2022	(22-037772TVI-TAGD/TKRI)
Agder tingretts kjennelse 23. mars 2022	(22-044292TVI-TAGD/TKRI)
Sør-Rogaland Tingretts kjennelse 6. januar 2023	(22-187441TVI-TSRO/TSDN)
Buskerud tingretts kjennelse 8. juni 2023	(23-086845TVI-TBUS/TDRA)
Østre innlandet tingretts kjennelse 19. september 2023	(23-114105TVI-TOIN/THAM)

Agder tingretts kjennelse (22-082416TVI-TAGD/TKRI)
11. desember 2023

Søndre Østfold tingretts kjennelse (23-059688TVI-TSOS/TSAR)
19. desember 2023

Internasjonale konvensjoner

EMK Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. November 1950 / Den europeiske menneskerettskonvensjon

SP International Covenant on Civil and Political Rights, 16. December 1966, 999 UNTS 171 / Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter

Wien-konvensjonen om traktatretten Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. May 1969

Internasjonale rettsavgjørelser

Malone mot Storbritannia [GC], no. 8691/79 (1984),
ECLI:CE:ECHR:1982:1217REP000869179,
Dokument URL:
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-73570>

Keegan mot Irland [C], no. 16969/90 (1994),
ECLI:CE:ECHR:1994:0526JUD001696990,

- Petri Sallinen mot Finland*
- Dokument URL:
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57881>
- [C], no. 50882/99 (2005),
ECLI:CE:ECHR:2005:0927JUD005088299,
Dokument URL:
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70283>
- Bernh Larsen Holding AS
mot Norge*
- [C], no. 24117/08 (2013),
ECLI:CE:ECHR:2013:0314JUD002411708,
Dokument URL:
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117133>
- Khlyustov mot Russland*
- [C] no. 28975/05 (2013),
ECLI:CE:ECHR:2013:0711JUD002897505,
dokument URL:
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122186>
- S.A.S mot Frankrike*
- [GC], no. 43835/11 (2014),
ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511,
Dokument URL:
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466>
- Lebois mot Bulgaria*
- [C] no. 67482/14 (2017),
ECLI:CE:ECHR:2017:1019JUD006748214,
Dokument URL:
<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177698>
- Saber mot Norge*
- [C] no. 459/18 (2020),
ECLI:CE:ECHR:2020:1217JUD000045918,
Dokument URL:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-206519>

Litteratur

- Hjort, Maria Astrup *"Tilgang til bevis i sivile saker – Særlig om digitale bevis"*, Universitetsforlaget (2016)
- Høgberg, Alf Petter; Høstmælingen, Njål *"Grunnlovsfesting av retten til privatliv?"*, Jussens Venner 2010/2
- Mæhle, Synne Sæther; Aarli, Ragna *"Fra lov til Rett"*, Gyldendal (2017)
- Schei, Tore; Bårdsen, Arnfinn; Bugge, Dag; Reusch, Nordén Christian H.P; Øie, Toril M. *"Tvisteloven. Lovkommentar"*, [Tvisteloven, Juridika](#) (Bekreftet à jour per 1. mars 2024)
- "Tvisteloven. Lovkommentar," § 28-2.*
Vilkårene for bevissikring, Juridika (kopiert 20. mars 2024)
- "Tvisteloven. Lovkommentar", § 28-3.*
Begjæring om bevissikring. Rettens avgjørelse, Juridika (kopiert 16. april 2024)
- "Tvisteloven. Lovkommentar, § 28-4.*
Gjennomføringen av bevissikring, Juridika (kopiert 26. april 2024)
- Skoghøy, Jens Edvin A. *"Tvisteløsning"*, Universitetsforlaget (2022)

- Stub, Marius *"Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet"*, Universitetsforlaget (2011)
- Stub, Marius *"§ 102"*, Grunnloven – Historisk kommentarutgave 1814-2020, (2021), Universitetsforlaget s. 1138-1163. [online]. DOI: <https://doi.org/10.18261/9788215054179-2021-001>
- Øyen, Ørnulf *"Straffeprosess"*, Fagbokforlaget (2019)

Interne retningslinjer

De interne retningslinjene for bevissikring utenfor rettssak til namsmannen i Oslo, Asker og Bærum

Det er innhentet samtykke til at retningslinjene benyttes i avhandlingen. Retningslinjene er interne og derfor ikke vedlagt. Kontakt namsfogden i Oslo, Asker og Bærum ved spørsmål om retningslinjene.

Korrespondanse

Telefonmøte med fagansvarlig for bevissikring i Oslo, Asker og Bærum 29.02.2024.

Det er innhentet samtykke til at informasjonen fra møtet benyttes i avhandlingen.

Privat epost-korrespondanse med namsfogden i Bergen (april 2024).

Korrespondansen bekrefter at namsmannen i Bergen benytter retningslinjene til namsmannen i Oslo, Asker og Bærum ved bevissikring utenfor rettssak. Det er

innhentet samtykke til at informasjonen fra korrespondansen benyttes i avhandlingen.

Privat epost-korrespondanse med namsfogden i Troms (mars 2024).

Korrespondansen bekrefter at namsmannen i Troms benytter retningslinjene til namsmannen i Oslo, Asker og Bærum ved bevissikring utenfor rettssak. Det er innhentet samtykke til at informasjonen fra korrespondansen benyttes i avhandlingen.

Privat epost-korrespondanse med namsfogden i Trøndelag (mars 2024).

Korrespondansen bekrefter at namsmannen i Trøndelag benytter retningslinjene til namsmannen i Oslo, Asker og Bærum ved bevissikring utenfor rettssak. Det er innhentet samtykke til at informasjonen fra korrespondansen benyttes i avhandlingen.

