



NORGES HØYESTERETT

Den 18. juni 2010 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2010-01060-A, (sak nr. 2010/226), sivil sak, anke over kjennelse,

Altibox AS

(advokat Erlend Balsvik – til prøve)

mot

Sandrew Metronome Norge AS
Filmkameratene AS

(advokat Rune Ljostad – til prøve)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Bruzelius**: Saken gjelder begjæring om bevissikring utenfor rettssak, nærmere bestemt om en internettleverandør skal pålegges å opplyse om identiteten til en abonnent når det er anført at abonnenten ved ulovlig fildeling eller medvirkning til dette har brutt bestemmelser i åndsverksloven, jf. tvisteloven kapittel 28 sammenholdt med § 22-3.
- (2) Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS fremmet 1. april 2009 begjæring til Stavanger tingrett om bevissikring utenfor rettssak etter tvisteloven kapittel 28. Begjæringen var rettet mot (1) den abonnent hos Lyse Tele AS som dels i et tidsrom 28. mars 2009 og dels et tidsrom 29. mars 2009 var tildelt en nærmere angitt IP-adresse, og (2) Lyse Tele AS. I begjæringen ble det anført at abonnenten gjennom fildelingstjenesten ”Lysehubben” sto bak eller medvirket til ulovlig tilgjengeliggjøring for allmennheten av rettighetsbeskyttet materiale, herunder spillefilmene ”Max Manus” og

”Kautokeino-opprøret”, som Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS har eksklusive rettigheter til.

- (3) For tingretten ble det krevd at Lyse Tele AS skulle pålegges å gi Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS tilgang til identiteten (navn og adresse) til abonnenten. Det ble videre krevd at abonnenten – uten forutgående varsel eller kontradiksjon – skulle pålegges å gi namsmannen tilgang til datautstyr og datamateriale som kunne inneholde ulovlige kopier av filmverk som saksøkerne hadde rettigheter til, og annet datautstyr og datamateriale som kunne ha relevans for saken i forbindelse med abonnentens eierskap og/eller administrering av ”Lysehubben”.
- (4) Post- og teletilsynet traff 17. april 2009 beslutning om å fritta Lyse Tele AS fra taushetsplikten etter lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) § 2-9 ”i tilfelle retten med medhold i tvisteloven § 28-2, jf. § 28-3 fjerde ledd treffer kjennelse om bevissikring mot Lyse Tele AS”, jf. tvisteloven § 22-3 annet ledd.
- (5) Lyse Tele AS bestred at det forelå tilstrekkelig hjemmel til å fravike selskapets taushetsplikt etter ekomloven § 2-9. Selskapet avga likevel 20. april 2009 erklæring om at selskapet ”vil sikre (forvare) opplysninger om brukeridentitet til saksøkte i sak nr.... til spørsmål om saksøkers tilgang til opplysningene som bevis i sivil sak er rettskraftig avgjort”.
- (6) Stavanger tingrett avsa 4. mai 2009 kjennelse og beslutning med slik slutning:
- ”1. **Begjæringen om partshjelp fra Norsk Videogramforening tas ikke til følge.**
 2. **Lyse Tele AS pålegges, i tiden frem til tvisten om bevistilgang er bindende avgjort, på egnet måte å sikre og oppbevare navn og adresse på det abonnent hos Lyse Tele AS som i tidsrommet 28.3.09 kl 18:00:30 UTC/GMT til 28.3.09 kl 18:24:28 UTC/GMT og tidsrommet 29.3.09 kl 12:43:14 UTC/GMT til 29.3.09 kl 12:55:17 UTC/GMT var tildelt IP-adresse 213.167.109.66.**
 3. **Lyse Tele AS pålegges, når tvisten om bevistilgang er bindende avgjort, å oversende navn og adresse på det abonnent hos Lyse Tele AS som i tidsrommet 28.3.09 kl 18:00:30 UTC/GMT til 28.3.09 kl 18:24:28 UTC/GMT og tidsrommet 29.3.09 kl 12:43:14 UTC/GMT til 29.3.09 kl 12:55:17 UTC/GMT var tildelt IP-adresse 213.167.109.66 til Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS v/advokat Rune Ljostad.**
 4. **Begjæring om bevissikring rettet mot det abonnent hos Lyse Tele AS som i tidsrommet 28.3.09 kl 18:00:30 UTC/GMT til 28.3.09 kl 18:24:28 UTC/GMT og tidsrommet 29.3.09 kl 12:43:14 UTC/GMT til 29.3.09 kl 12:55:17 UTC/GMT var tildelt IP-adresse 213.167.109.66 tas ikke til følge.**
 5. **Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS, en for begge og begge for en, betaler sakens omkostninger til Lyse Tele AS med kr 94.200 – nittifiretusentohundrede 00/100 – eks mva innen 2 – to – uker fra kjennelsens forkynnelse.”**
- (7) Begjæringen ble således tatt til følge for kravet om tilgang til identiteten til abonnenten. Vilkårene for bevissikring etter tvisteloven § 28-3 fjerde ledd ble ansett oppfylt med de begrensninger som følger av de alminnelige regler om bevisforbud, jf. blant annet tvisteloven § 22-3. Tingretten fant ikke grunnlag for å bestemme at beviset ikke skulle sikres, jf. § 22-3 tredje ledd. Avgjørende for retten var at den påståtte krenkelsen var av

en art som må anses som et betydelig problem, hvor sivilt søksmål er den eneste måten som rettighetshaverne kan ivareta sine rettigheter på. Kunnskap om abonnentens identitet er en forutsetning for slikt søksmål.

- (8) Begjæringen ble ikke tatt til følge for kravet om at abonnenten skulle pålegges å gi namsmannen tilgang til datautstyr og datamateriale. Tingretten mente at begjæringen ikke i tilstrekkelig grad var spesifisert på dette punkt, jf. tvisteloven § 26-6 første ledd, og pekte på at det kunne reises spørsmål om bevilgning overfor abonnenten ville kunne tvangsfullbyrdes, jf. § 26-8.
- (9) Lyse Tele AS anket den delen av tingrettens kjennelse som tok begjæringen om tilgang til abonnentens identitet til følge. Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS anket for så vidt gjaldt at begjæringen om bevilgning hos abonnenten ikke var tatt til følge.
- (10) Gulating lagmannsrett avsa 9. desember 2009 kjennelse med slik slutning:

”A. Anke fra Lyse Tele AS:

1. Anken forkastes.

2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Filmkameratene AS og Sandrew Metronome Norge AS in solidum til Lyse Tele AS kr. 50.000,- – femtitusen – eks. mva. innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

B. Anke fra Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS:

1. Anken forkastes.

2. Sakskostnader tilkjennes ikke.”

- (11) Kjennelsen ble – for så vidt gjelder anken fra Lyse Tele AS – avsagt under dissens. Det avgjørende for flertallet var at det dreide seg om en handling som antas å være både straffbar og erstatningsbetingende, at politiet ikke prioriterer slike saker, og at abonnenten med den aktuelle IP-adressen ikke kunne ha en berettiget forventning om beskyttelse mot at ulovlig bruk blir avdekket. Mindretallet mente at flertallets resultat innebar en uheldig utvidelse av adgangen til å drive privat etterforskning. At politiet ikke kan eller ønsker å forfølge et straffekrav, kunne etter mindretallets syn ikke medføre en utvidelse av adgangen til slik privat etterforskning vedrørende taushetsbelagt materiale.
- (12) Lyse Tele AS, som har endret navn til Altibox AS, har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og saksbehandlingen. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 12. mars 2010 at ankesaken i sin helhet skulle avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd annet punktum. Det ble samtidig besluttet at behandlingen skulle følge de regler i tvisteloven § 30-10 og § 30-11 som gjelder for anke over dommer, jf. tvisteloven § 30-9.
- (13) Den ankende part – *Altibox AS* – har i korte trekk anført:
- (14) Etter § 28-4 gjelder tvistelovens generelle regler om tilgang til realbevis og bevisopptak i rettssak tilsvarende for gjennomføringen av bevissikring så langt de passer. De rettssikkerhetshensyn som er grunnlaget for den lovbestemte taushetsplikten, medfører at

bestemmelsene i lovens § 22-3 ikke passer ved bevissikring etter § 28-3. Dette gjelder særlig når en begjæring om bevissikring fremmes som ledd i privat etterforskning.

- (15) Lagmannsrettens syn åpner for tilgang utenfor rettssak til opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, uten kontradiksjon for den taushetsplikten skal beskytte. En slik adgang følger ikke av ordlyden til bestemmelsene i tvisteloven kapittel 28 og har heller ikke støtte i forarbeidene. Kontradiksjon er et sentralt rettssikkerhetsprinsipp og kan ikke tilsidesettes uten klar lovhjemmel. Etterfølgende kontradiksjon, etter at bevissikring er gjennomført, gjenoppretter ikke den skade som utlevering av taushetsbelagt opplysning om abonnentens identitet medfører. Også sammenhengen med tvisteloven § 26-7 viser at reglene om bevistilgang i § 28-3 ikke passer.
- (16) Dersom § 22-3 "passer" ved bevissikring, har lagmannsrettens flertall tolket bestemmelsen i tredje ledd feil. Ved vurderingen av hjemmelsgrunnlagets rekkevidde må vektlegges at begjæringen bygger på opplysninger innhentet av ankemotpartene ved privat etterforskning. Det bestrides at det i slike tilfeller kan gjøres unntak fra taushetsplikten. Under enhver omstendighet må dette forhold tillegges større betydning ved interesseavveiningen enn flertallet har gjort. Det hører under politiet og påtalemyndigheten å gjennomføre etterforskning av mulige krenkelser av opphavsrettigheter. Ankende part slutter seg her til synspunktene til lagmannsrettens mindretall.
- (17) Saken gjelder informasjon som er vernet av artikkel 8 i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Inngrepet krever da klar lovhjemmel, noe som ikke foreligger. Flertallet har ikke tillagt personvern hensyn tilstrekkelig vekt i vurderingen av nødvendigheten av inngrepet.
- (18) Som saksbehandlingsfeil som kan ha hatt betydning for resultatet, anføres at lagmannsretten ikke har meddelt "parten" Post- og teletilsynets standpunkt til spørsmålet om samtykke til føring av beviset.

- (19) Altibox AS har nedlagt slik påstand:

"Prinsipalt:

Begjæringen tas ikke til følge.

Subsidiært:

Lagmannsrettens kjennelse oppheves og hjemvises til ny behandling.

I begge tilfeller:

Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS dømmes in solidum til å betale Altibox AS' sakskostnader."

- (20) Ankemotpartene – *Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS* – har i korte trekk anført:
- (21) Lagmannsrettens kjennelse er riktig. Det er ikke tvilsomt at tvisteloven § 22-3 får anvendelse ved bevissikring etter kapittel 28. Uten tilgang til opplysning om abonnentens identitet vil ankemotpartene være avskåret fra å gjøre sine rettigheter etter åndsverkloven

gjeldende i et sivilrettslig søksmål ettersom Altibox AS er den eneste som kjenner identiteten.

- (22) Taushetsplikten etter ekomloven § 2-9 første ledd er ikke ubegrenset. Saken gjelder tilgang til abonnentopplysning. Kravet for tilgang til en slik opplysning er mindre strengt enn for tilgang til trafikkdata, jf. § 2-9 tredje ledd.
- (23) Selv om tvisteloven § 22-3 første ledd forbyr bevisførsel om opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt, er det ikke tvilsomt at slike opplysninger kan føres som bevis med rettens samtykke, jf. annet og tredje ledd. Post- og teletilsynet har opphevet taushetsplikten, og lagmannsretten har ikke vurdert spørsmålet på noen annen måte. Flertallets interesseavveining bygger på en riktig forståelse av § 22-3 tredje ledd.
- (24) Lagmannsrettens avgjørelse har klar hjemmel i lov, og flertallets premisser viser at det dreier seg om et nødvendig inngrep for å beskytte andres rettigheter, jf. EMK artikkel 8.
- (25) Det foreligger ikke saksbehandlingsfeil ved flertallets avgjørelse.
- (26) Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS har lagt ned slik påstand:

- ”1. **Anken forkastes.**
2. **Verken abonnenten eller allmennheten gjøres kjent med saken før bevissikring er gjennomført, jf. tvisteloven § 28-3 (4).**
3. **Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS dekker ikke de kostnader som påløper for Altibox AS ved bevissikringen.**
4. **Altibox AS dekker Sandrew Metronome AS og Filmkameratene AS sine sakskostnader, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.”**

- (27) *Mitt syn på saken*
- (28) Innledningsvis nevner jeg at begrensningene i retten til videre anke over kjennelser, jf. tvisteloven § 30-6, også gjelder for Høyesteretts behandling når saken er overført til behandling i avdeling. Anken gjelder lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning, som Høyesterett kan prøve. Lagmannsrettens konkrete subsumsjon kan dessuten prøves i forhold til EMK, men ikke bevisbedømmelsen, se for eksempel Rt. 2007 side 404.
- (29) Jeg ser først på ankende parts anførsel om at det bygger på feil lovtolkning når lagmannsrettens flertall har lagt til grunn at reglene i tvisteloven § 28-3 tredje og fjerde ledd kan gi tilgang til opplysninger som er omfattet av lovbestemt taushetsplikt. Spørsmålet er om det passer å anvende tvisteloven § 22-3 annet og tredje ledd i disse tilfeller, jf. § 28-4. Innledningsvis vil jeg redegjøre kort for bestemmelsene om bevissikring utenfor rettssak i kapittel 28 og bevisforbud om opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt i § 22-3, jf. ekomloven § 2-9.
- (30) Bestemmelsene i kapittel 28 viderefører i stor grad reglene i tvistemålsloven §§ 267-271 a om bevisopptak utenfor rettssak. Anvendelsesområdet er imidlertid utvidet blant annet ved at det er innført adgang til bevisstilgang utenfor rettssak. Formålet med bevisstilgang er

mer omfattende enn å sikre bevis som ellers kan gå tapt, jf. NOU 2001: 32 "Rett på sak", hvor det på side 987–988 heter:

"Uten regler om bevis tilgang vil en part kunne bli stilt i en meget vanskelig situasjon i tilfeller hvor det kan være grunnlag for å fremme et krav eller å godta et krav som rettes mot parten. Parten kan bli stilt overfor valget mellom å reise sak eller ta til motmæle i saken på et uholdbart faktisk grunnlag eller avstå fra å reise sak eller ta til motmæle i en sak til tross for at faktiske forhold som han ikke kjenner, tilsier noe annet. Like viktig er at manglende mulighet for tilgang til bevis kan medføre at partene ikke forsøker å nå frem til en minnelig ordning"

- (31) Bestemmelsene i tvisteloven kapittel 28 må tolkes på bakgrunn av det som her sies om formålet med å åpne adgang til bevis tilgang.
- (32) Villkårene for bevissikring er at "beviset kan få betydning i en tvist hvor den som setter fram begjæringen, vil kunne bli part eller partshjelper", og at det enten er en "nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket, eller av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist", jf. § 28-2. – Tingretten fant at så vel grunnvilkåret som begge de alternative tilleggsvilkårene er oppfylt i saken, og dette ble ikke angrepet i anken til lagmannsretten.
- (33) Paragraf 28-3 har enkelte regler om behandlingen av en begjæring om bevissikring. Annet ledd utvider motpartbegrepet til også å omfatte den det er nærliggende vil bli berørt av at begjæringen blir tatt til følge.
- (34) Bestemmelsene i § 28-3 tredje ledd får anvendelse når det er nødvendig å gjennomføre bevissikringen straks, og viderefører som nevnt i det vesentlige reglene om bevisopptak utenfor rettssak i tvistemålsloven § 271 annet og tredje ledd, men gjelder nå også bevis tilgang.
- (35) Fjerde til sjette ledd får anvendelse når det er "grunn til å frykte" at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres. Finner retten at vilkåret er oppfylt, kan bevissikring besluttes før motparten varsles. Fjerde ledd 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. Verken motparten eller allmennheten skal gjøres kjent med saken før bevissikringen er gjennomført, eller mer enn seks måneder er gått siden saken ble avsluttet. Den som har framsatt begjæringen, bør ikke gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig, dersom det kan være viktig for motparten å hindre det. § 32-8 gjelder tilsvarende. Fristen for å begjære muntlig forhandling er to uker fra avholdelsen er meddelt."

- (36) En avgjørelse om bevissikring etter dette ledd skal ikke gjøres kjent for motparten før bevissikringen er gjennomført. Motparten skal da underrettes, og kan kreve etterfølgende muntlig forhandling, jf. fjerde og femte punktum. Femte og sjette ledd inneholder bestemmelser om erstatningsansvar ved bevissikring uten varsel til motparten og om sikkerhetsstillelse. Begge får anvendelse når bevissikringen skjer med hjemmel i fjerde ledd.
- (37) Kapittel 28 har ellers ingen særskilte saksbehandlingsregler for gjennomføringen av bevissikring. Etter § 28-4 gjelder "reglene om tilgang til realbevis og bevisopptak i rettssak tilsvarende så langt det passer". Bevissikring i medhold av kapittel 28 skjer således etter de alminnelige bevisreglene i tvisteloven kapittel 21 og 22. Dette innebærer at

det ikke kan gis tilgang til bevis som ikke også kan fremlegges i en aktuell tvist, jf. § 28-4 jf. Schei m.fl., Tvisteloven, side 1247 og side 1258.

- (38) Bevissikringen er i dette tilfelle behandlet etter unntaksbestemmelsen i § 28-3 fjerde ledd. Altibox AS, som er den som begjæringen direkte er rettet mot, ble varslet om denne. Men abonnenten, som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot, er ikke varslet.
- (39) Tvisteloven § 22-3 inneholder bestemmelser om bevisforbud om opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt. Bestemmelsen lyder slik:
- ”(1) Det kan ikke føres bevis når dette vil krenke lovbestemt taushetsplikt for den som har opplysningene som følge av tjeneste eller arbeid for stat og kommune, familievernkontor, postoperatør, tilbyder eller installatør av elektronisk kommunikasjonsnett eller -tjeneste, teknisk kontrollorgan eller statens lufthavnselskap.**
- (2) Departementet kan samtykke i at beviset føres. Samtykke kan bare nektes når bevisføring kan utsette staten eller allmenne interesser for skade eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold.**
- (3) Etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning kan retten ved kjennelse bestemme at beviset skal føres selv om samtykke er nektet, eller at beviset ikke skal mottas selv om departementet har samtykket. Departementet skal få redegjøre for sitt standpunkt før retten treffer avgjørelse. Redegjørelsen meddeles partene.”**
- (40) Altibox AS er underlagt taushetsplikt etter ekomloven § 2-9 første ledd hva angår opplysning om identiteten til den som har den IP-adressen som begjæringen gjelder. For opplysningen gjelder da bevisforbudet i tvisteloven § 22-3 første ledd, jf. henvisningen til opplysninger som ”tilbyder eller installatør av elektronisk kommunikasjonsnett eller -tjeneste”, har.
- (41) Jeg tilføyer at ekomloven § 2-9 tredje ledd første punktum gir påtalemyndigheten og politi adgang til opplysninger ”om avtalebasert hemmelig telefonnummer eller andre abonnementsopplysninger, samt elektronisk kommunikasjonsadresse” uten å måtte innhente samtykke fra retten eller Post- og teletilsynet. Dette viser, slik ankemotpartene har anført, at denne type opplysninger ved strafferettslig etterforskning har et svakere vern enn for eksempel trafikkdata.
- (42) Altibox AS har vist til at anvendelse av tvisteloven § 22-3 annet og tredje ledd ved bevissikring etter § 28-3 vil medføre at det gis tilgang til taushetsbelagte opplysninger uten kontradiksjon. Etter mitt syn følger det av § 28-4 at bevissikringen som utgangspunkt omfatter alle bevis som det vil kunne gis tilgang til i en aktuell tvist etter de alminnelige regler om bevis. Når det gjelder opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt, reguleres dette av tvisteloven § 22-3 annet og tredje ledd. Verken tvisteloven eller dens forarbeider gir etter mitt syn grunnlag for å hevde at det i utgangspunktet ikke ”passer” å benytte § 22-3 annet og tredje ledd i disse tilfeller. Denne tolkningen har tvert i mot støtte i det jeg har sitert fra NOU 2001: 32 om formålet med å utvide anvendelsesområdet til også å gjelde bevis tilgang utenfor rettssak.
- (43) Tolkningen har videre støtte i Ot.prp. nr. 33 (2003–2004) Om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak), som ligger til grunn for tvistemålsloven § 271 a. Paragrafen er videreført i tvisteloven § 28-3 fjerde til sjette ledd, men gjelder som nevnt nå også bevis tilgang.

- (44) Formålet med § 271 a var å åpne for bevisopptak utenfor rettssak uten varsel på forhånd til motparten. Bakgrunnen for forslaget var på immaterialrettens område å tilfredsstille kravene i artikkel 50 i avtalen 15. april 1994 om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter (TRIPS-avtalen), som Norge ratifiserte i 1994, og som trådte i kraft 1. januar 1995. Artikkelen pålegger statene å åpne for at domstolene skal kunne beslutte midlertidige tiltak for å sikre immaterielle rettigheter, herunder å sikre bevis for krenkelser, også uten at saksøkte høres på forhånd, om det er påviselig risiko for at vedkommende i motsatt fall vil ødelegge bevismaterialet.
- (45) I Ot.prp. nr. 33 vurderer departementet det avvik fra det kontradiktoriske prinsipp som lovforslaget innebærer, opp mot at kontradiksjon på et innledende stadium kan føre til at saken blir dårlig opplyst slik at risikoen for materielt uriktige realitetsavgjørelser øker. Det rettsikkerhetsproblem som materielt uriktige realitetsavgjørelser på grunn av bevisforspillelse utgjør, tillegges størst vekt.
- (46) I merknadene til utkastet til § 271 a heter det på side 8 i proposisjonen:
- ”Hvilke former for bevis som kan kreves opptatt, hvordan de skal opptas, og hvilken beskyttelse eventuelle taushetsbelagte opplysninger hos motparten vil ha m.m., følger av tvistemålslovens alminnelige regler om bevis”.**
- (47) Lovgiver har således i forarbeidene klart vurdert forholdet til det kontradiktoriske prinsipp, og konkludert med at det kan tilsidesettes såfremt lovens vilkår for bevissikring er oppfylt. Forarbeidene viser videre at lovgiver har forutsatt at bevissikring kan gjelde tilgang til taushetsbelagte opplysninger, også når den som det er nærliggende at en eventuell rettssak vil bli reist mot, ikke blir varslet om begjæringen før bevissikringen er foretatt. De samme hensyn som gjelder ved bevisopptak utenfor rettssak, gjør seg etter mitt syn også gjeldende ved bevistilgang utenfor rettssak.
- (48) Ekomloven § 2-9 er i utgangspunktet til hinder for at opplysninger som er taushetsbelagt etter loven, kan pålegges fremlagt til bevissikring etter tvisteloven kapittel 28. Lagmannsrettens flertall bygger imidlertid på en riktig lovforståelse når den vurderer begjæringen om bevistilgang til en lovbestemt taushetsbelagt opplysning etter § 22-3. Om begjæringen skal etterkommes, beror på om unntaksbestemmelsene i annet og tredje ledd får anvendelse. Ses bestemmelsene i paragrafen i sammenheng, blir det avgjørende for rettens vurdering etter tredje ledd om bevissikringen vil utsette staten eller allmenne interesser for skade, eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold. Samtykke etter annet ledd vil ha betydning ved vurderingen. Men det følger av tredje ledd at retten skal foreta en selvstendig avveining mellom hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning. I avveiningen må retten blant annet sammenholde formålet med – og grunnlaget for – begjæringen med den etterspurte informasjonens art og omfang. Også hensynet til den tredjeperson som anses å ha krav på hemmelighold, må trekkes inn. Bestemmelsene i paragrafen bygger imidlertid på en forutsetning om at begjæring skal etterkommes dersom hensynet til taushetsplikten finnes å måtte vike.
- (49) Post- og teletilsynet samtykket 17. april 2009 til bevissikringen i saken. Samtykket ble sendt Lyse Tele AS. Både tingretten og lagmannsrettens flertall fant grunn til å ta begjæringen til følge for så vidt den gjelder abonnentens navn og adresse.

- (50) Jeg går så over til å drøfte en anførsel fra Altibox AS om at bevis tilgangsbestemmelsene må tolkes innskrenkende når tilgang ønskes som ledd i ”privat etterforskning”. Etter mitt syn foreligger det ikke et rettskildemessig grunnlag for en slik tolkning.
- (51) Krenkelse av rettigheter etter åndsverksloven gir rettighetshaveren rett til å kreve erstatning. Når lovgivningen hjemler slik erstatningsrett, kan jeg ikke se at rettighetshaveren ikke skal kunne benytte seg av bevissikring for å bringe på det rene identiteten til personer som det kan være aktuelt å fremme et erstatningskrav mot. Et krav om at rettighetshavere må forfølge mulige krenkelser via politi- og påtalemyndighet, vil for øvrig være i dårlig samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser etter TRIPS-avtalen. Om et krav om bevissikring skal kunne føre frem, må – også i disse tilfeller – bero på den avveining som skal foretas etter § 22-3 tredje ledd.
- (52) Begrunnelsen til lagmannsrettens flertall viser at det er foretatt en bredt anlagt avveining i samsvar med § 22-3 tredje ledd første punktum. På den ene side har flertallet lagt vekt på at det er sannsynliggjort at det fra den angitte IP-adressen rettsstridig er blitt gjort tilgjengelig filmfiler, behovet for å kunne gripe inn overfor slik virksomhet, og at abonnenten ikke kunne ha en berettiget forventning om beskyttelse av rettsstridig bruk. På den annen side er vektlagt at det kan råde usikkerhet om vedkommende abonnent også har stått bak den rettsstridige aktiviteten. Dette argumentet strekker seg imidlertid etter flertallets syn ikke lenger enn at vedkommende må gis anledning til å avkrefte en slik mistanke etter at identiteten er opplyst til ankemotpartene. Lagmannsrettens flertall har også som et vesentlig moment, vist til at Internett på mange måter fungerer tilnærmet på linje med ordinær telefonbruk, og at dette tilsier at brukerne forventer at deres bruk er skjermet for offentlig innsyn. Flertallet mente videre at den omstendighet at ankemotpartene ikke har meldt forholdet til politiet ikke kan tillegges vekt når siktemålet med begjæringen er å fremskaffe grunnlag for et erstatningskrav for krenkelsene av deres rettigheter. Flertallet oppsummerer sitt syn slik:
- ”Etter en samlet vurdering – blant annet særlig hensyntatt at det dreier seg om en handling som antas å være både straffbar og erstatningsbetingende, politiets manglende prioritering av slike saker, den omstendighet at abonnenten av den aktuelle IP-adressen ikke kan ha en berettiget forventning om rettsstridig bruk av denne og de motstridende hensyn som er nevnt over – kan ikke flertallet se at det vil være uforholdsmessig å gi Sandrew m.fl. tilgang til identiteten til abonnenten av den aktuelle IP-adressen.”**
- (53) Jeg kan ikke se at dette er uttrykk for en uriktig generell lovforståelse. Hensynet til taushetsplikten er avveid mot hensynet til sakens opplysning. Vurderingen har stor likhet med den proporsjonalitetsvurdering som EF-domstolen forutsetter foretatt, når medlemsstatene i nasjonal lovgivning åpner for å pålegge en forpliktelse til å gi private parter tilgang til opplysninger om hvem som innehar en IP-adresse, slik at de kan forfølge rettighetsbrudd i en sivil sak, se EF-domstolens dom 19. februar 2009 i saken LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH mot Tele 2 Telecommunication GmbH avsnitt 29.
- (54) Min konklusjon så langt er at lagmannsrettens flertall har bygget på en riktig generell lovtolkning når den har funnet at det ved bevissikring utenfor retts sak kan gis tilgang til opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt.
- (55) Jeg går så over til å drøfte om bevis tilgang til opplysning om en abonnents identitet er en krenkelse av EMK artikkel 8. Høyesterett prøver som nevnt her også subsumsjonen.

Lagmannsrettens flertall drøfter ikke forholdet til EMK, men premissene viser etter mitt syn at flertallet var oppmerksom på de personvern hensyn som ligger bak artikkel 8.

- (56) Begge parter har her vist til avgjørelser av Den Europeiske menneskerettsdomstol, særlig dommen 3. april 2007 i saken *Copland v. the United Kingdom*. Det er ikke nødvendig for meg å gå inn på spørsmålet om et pålegg om utlevering av opplysninger om en abonnents identitet utgjør et ”inngrep” i vedkommendes rett til privatliv og korrespondanse etter artikkel 8 nr. 1, da bevis tilgang etter omstendighetene i denne saken klart oppfyller vilkårene etter artikkel 8 nr. 2.
- (57) Det dreier seg om et inngrep som har klar hjemmel i lov, slik jeg har påvist foran. Det er videre tale om et inngrep som er begrunnet i hensynet til beskyttelse av andres rettigheter, slik at det har et legitimt formål. Bevis tilgang er en forutsetning for rettighetshåndhevelse ved søksmål.
- (58) Lagmannsrettens flertall har som nevnt foretatt en omfattende avveining av nødvendigheten av inngrepet. Flertallet har lagt til grunn at flere filmfiler er blitt gjort tilgjengelig via ”Lysehubben”. Krenkelsen av opphavsretten har således i dette tilfellet vært av et visst omfang. Det er videre tale om informasjon av mindre sensitiv karakter. I den svenske proposisjonen, 2008/09:67 *Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättsens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG*, heter det på side 162 at det må dreie seg om ”intrång av en viss omfattning för att en rättighetshavare ska kunna få ut uppgifter om den abonnent som döljer sig bakom ett IP-nummer som använts vid intrång. Så är i regel fallet om intrånget avser tillgängliggörande (uppladdning) av en film eller ett musikaliskt verk för allmänheten, exempelvis genom fildelning via Internet, eftersom detta typiskt sett innebär stor skada för rättighetshavaren.” Når dette vilkåret er oppfylt vil det – ifølge proposisjonen – ikke være i strid med EU-retten å gi opplysning om hvem abonnenten er til rettighetshavere. Det samme må antas å gjelde i forhold til EMK artikkel 8. Jeg er enig i disse betraktninger.
- (59) Jeg kan ikke se at en avgjørelse om å gi bevis tilgang i dette tilfellet rammes av EMK artikkel 8, og jeg viser for så vidt til min redegjørelse for den avveining flertallet foretok etter tvisteloven § 22-3 tredje ledd.
- (60) Ankende part har gjort gjeldende at lagmannsretten har begått en saksbehandlingsfeil ved at retten ikke har meddelt Post- og teletilsynets redegjørelse til partene forut for avgjørelsen, jf. tvisteloven § 22-3 tredje ledd siste punktum. Jeg kan ikke se at anførselen kan føre frem. Altibox AS fikk som nevnt oversendt kopi av tilsynets samtykke. Lagmannsretten har ikke vurdert dette spørsmålet på noen annen måte enn tilsynet, og har da heller ikke innhentet noen redegjørelse etter tredje ledd annet punktum.
- (61) Det er ikke noe krav om at redegjørelsen skal meddeles parten når saken skal holdes hemmelig for ham, slik forholdet her er for abonnenten. Denne delen av § 22-3 tredje ledd passer ikke for bevissikring hvor parten ikke skal varsles. Hensynet til kontradiksjon er nettopp vurdert å måtte vike for hensynet til sakens opplysning i slike tilfeller. Vilkalet om at reglene gjelder så langt de passer betyr ikke at hele bestemmelsen mister sin anvendelse dersom en del av den ikke passer. Bare denne delen får da ikke anvendelse.
- (62) Anken må etter dette forkastes.

- (63) Ankemotpartene har nedlagt påstand om at verken abonnenten eller allmennheten gjøres kjent med saken ”før bevissikring er gjennomført”, jf. tvisteloven § 28-3 fjerde ledd annet punktum. Altibox AS har ikke hatt innvendinger til dette. Påstanden tas til følge. Høyesterett forutsettes orientert av partene når den bevissikring som denne saken gjelder, er gjennomført.
- (64) Etter tvisteloven § 28-5 første ledd plikter den som begjærer bevissikring som hovedregel å dekke de kostnader som påløper for motparter etter § 28-3 annet ledd. Saken har reist prinsipielle spørsmål som ikke tidligere har vært behandlet av Høyesterett. Jeg er kommet til at sakskostnader bør tilkjennes etter hovedregelen i dette tilfellet. Altibox AS har for Høyesterett krevd sakskostnader med 436 500 kroner i salær og 12 360 kroner til dekning av andre utgifter. I tillegg kommer rettsgebyr med 20 640 kroner. Slik jeg ser det, er salærkravet unødvendig høyt, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd, og salæret settes til 200 000 kroner med tillegg av dekning av nødvendige utgifter, til sammen 233 000 kroner.
- (65) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Anken forkastes.
 2. Verken abonnenten eller allmennheten skal gjøres kjent med saken før bevissikringen er gjennomført.
 3. I sakskostnader for Høyesterett betaler Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS – én for begge og begge for én – til Altibox AS 233 000 – tohundretrettitretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av kjennelsen.
- (66) Dommer **Øie:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (67) Dommer **Webster:** Likeså.
- (68) Dommer **Møse:** Likeså.
- (69) Dommer **Tjomsland:** Likeså.

(70) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Anken forkastes.
2. Verken abonenten eller allmennheten skal gjøres kjent med saken før bevissikringen er gjennomført.
3. I sakskostnader for Høyesterett betaler Sandrew Metronome Norge AS og Filmkameratene AS – én for begge og begge for én – til Altibox AS 233 000 – tohundretrettitretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av kjennelsen.

Riktig utskrift bekreftes: