



NORGES HØYESTERETT

Den 4. oktober 2023 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Webster, Falch og Østensen Berglund i

HR-2023-1857-U, (sak nr. 23-133738SIV-HRET), sivil sak, anke over kjennelse:

Barco Fredrikstad AS
Barco NV

(advokat Nils Christian Langtvedt)

mot

Norxe AS

(advokat Trond Hatland)

avsagt slik

K J E N N E L S E O G B E S L U T N I N G :

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (1) Saken gjelder tvist om bevistilgang.
- (2) Ved Borgarting lagmannsretts dom 11. februar 2021 ble det avgjort at Barco Fredrikstad AS og Barco NV (i fellesskap Barco) «er erstatningsansvarlig» overfor Norxe AS (Norxe) for tap knyttet til salg av produkter til to navngitte selskaper. Ansvar er begrunnet i brudd på markedsføringsloven § 25.
- (3) Norxe fremsatte krav om erstatning oppad begrenset til 218 millioner kroner. Begrensingen ble senere fjernet. Søndre Østfold tingrett avsa dom 11. januar 2023, hvor Barco ble dømt til å betale 6 180 000 kroner i erstatning. Norxe har anket dommen til lagmannsretten.
- (4) Under saksforberedelsen fremsatte begge sider en rekke begjæringer om bevistilgang, som det oppsto uenighet om. Borgarting lagmannsrett avsa 23. august 2023 kjennelse, hvor begge parter ble pålagt å fremlegge dokumenter. Her gjengis slutningens punkt 9 og 10:
 - «9. Norxe AS pålegges innen en uke etter at kjennelsen er rettskraftig å fremlegge all kommunikasjon mellom Norxe/ansatte i Norxe og CAE i perioden 1. januar 2017 til og med 31. desember 2021, som gjelder Norxes projektor P1, likevel slik at konkret teknologisk informasjon om P1, som er omtalt direkte eller indirekte, kan sladdes.

10. Barcos begjæring om bevistilgang/provokasjon nr. 11 og 14/15 tas ikke til følge.»

- (5) Barco Fredrikstad AS og Barco NV har anket disse to punktene i slutningen samt punktene 1, 2 og 4, til Høyesterett.

Partenes syn på saken

- (6) *Barco Fredrikstad AS og Barco NV* har i hovedsak angrepet lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovforståelse. Det er påstått at slutningen punkt 1, 2, 4, 9 og 10 må oppheves.
- (7) Anken over slutningens *punkt 9* angriper at Norxe er gitt adgang til å sladde visse opplysninger, uten at lagmannsretten har innhentet dokumentene og på det grunnlaget gjort en konkret vurdering. Dette bygger på en uriktig forståelse av tvisteloven § 22-10, og det utgjør en saksbehandlingsfeil at sladdingen overlates til Norxe.
- (8) I anken over slutningens *punkt 10*, er det anført at lagmannsretten har bygget på en uriktig anvendelse av tvisteloven § 26-5 tredje ledd første punktum.
- (9) *Norxe AS* har inngitt tilsvaret og påstått at anken nektes fremmet, subsidiært at den forkastes. Til anken over slutningens *punkt 9* anføres at tvisteloven ikke stiller krav om at lagmannsretten må gjennomgå de aktuelle dokumentene. Det er ingen feil at lagmannsretten overlot det konkrete arbeidet med sladdingen til Norxe. Til anken over slutningen *punkt 10* bestrides at lagmannsretten har gjort noen rettsanvendelsesfeil.

Høyesteretts ankeutvalgets syn på saken

- (10) Ankeutvalget bemerker kjennelsen er avsagt av lagmannsretten som første instans. Høyesterett har derfor full kompetanse, jf. tvisteloven § 30-3 jf. § 29-3 første ledd.

Tvisteloven § 26-7, jf. § 22-10 – lagmannsrettens slutning punkt 9

- (11) Det følger av lagmannsrettens slutning punkt 9 at Norxe er pålagt å fremlegge en nærmere spesifisert kommunikasjon, «likevel slik at konkret teknologisk informasjon om P1, som er omtalt direkte eller indirekte, kan sladdes». Barco gjør gjeldende at lagmannsretten først skulle innhentet dokumentene, noe den ikke har gjort, for deretter å gjøre en konkret vurdering av om de inneholdt forretningshemmeligheter som det i så fall er grunn til å sladde.
- (12) Tvisteloven § 26-7 regulerer tvist om bevistilgang. Første og andre ledd har denne ordlyden:

«Ved tvist om tilgang til bevisgjenstander kan retten kreve gjenstanden fremlagt til avgjørelse av om den utgjør bevis.

Imøtegås begjæringen om bevistilgang med at det foreligger bevisforbud eller bevisfritak, kan ikke bevisgjenstanden framlegges uten at retten i kraft av særlig lovbestemmelse kan bestemme at beviset likevel skal føres. Er bare deler av bevisgjenstanden underlagt bevisforbud eller bevisfritak, skal om mulig det øvrige framlegges. § 24-8 tredje ledd annet og tredje punktum gjelder tilsvarende.»

- (13) *Første ledd* gir retten anledning til å kreve utlevering av bevis for å avgjøre om det har bevisverdi. *Andre ledd* regulerer de tilfellene der begjæringen om bevistilgang imøtegås med at det foreligger bevisforbud eller bevisfritak. Da *kan* utlevering bare skje dersom retten har hjemmel til å bestemme at beviset likevel skal føres.
- (14) Lagmannsretten bygget sin avgjørelse på at Norxe hadde påberopt seg bevisfritak, fordi de aktuelle dokumentene inneholder forretningshemmeligheter. I slike tilfeller har retten hjemmel til å bestemme at beviset likevel skal føres når den etter en avveining finner det påkrevd, jf. tvisteloven § 22-10 andre punktum.
- (15) Dette innebærer at § 26-7 andre ledd ga lagmannsretten *adgang* til å kreve de aktuelle bevisene utlevert. Det følger av sammenhengen mellom bestemmelsene at denne adgangen hadde lagmannsretten også for å avgjøre de spørsmål om bevisfritak som retten må ta stilling til etter § 22-10. Standpunktet har støtte i forarbeidene til § 26-7 andre ledd, se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) på side 468.
- (16) Av disse reglene kan det imidlertid ikke utledes noen *plikt* til å kreve dokumentet utlevert før retten tar standpunkt til om det foreligger bevisfritak, hvilke deler av beviset som i tilfelle inneholder bevisfritak, og om det i tilfelle skal gis pålegg. En slik plikt kan heller ikke utledes av andre regler.
- (17) Det beror derfor på *rettens skjønn* om den vil be om at dokumentet utleveres før retten tar standpunkt til de spørsmålene som er reist under § 22-10, herunder hva som i tilfelle skal sladdes. Dette skjønnnet må utøves i lys av formålene i tvisteloven § 1-1. I denne sammenhengen har det betydning at retten senere, etter at parten har fremlagt dokumentet i sladdet form, kan ta standpunkt til om sladdingen er mer omfattende enn det er grunnlag for. Den avgjørelsen lagmannsretten traff i sin slutning punkt 9, stenger ikke for en slik senere avgjørelse.
- (18) Lagmannsretten har derfor ikke bygget på en uriktig *tolkning* av § 26-7, jf. § 22-10. Retten kunne avsi kjennelse som i slutningen punkt 9 uten først å innhente de aktuelle dokumentene.
- (19) Ankeutvalget har kommet til at lagmannsretten heller ikke gjorde noen *saksbehandlingsfeil* da den unnlot å kreve utlevering før avgjørelsen ble truffet. Riktignok har retten ikke direkte begrunnet hvorfor den unnlot å kreve det. Men det fremgår at retten har funnet det sannsynlig at dokumentene inneholder forretningshemmeligheter underlagt bevisfritak. Og i lys av at lagmannsretten som nevnt senere kan ta stilling til Norxes konkrete sladding, mener ankeutvalget at skjønnsutøvelsen er forsvarlig og ikke utgjør noen saksbehandlingsfeil.
- (20) Anken over lagmannsrettens slutning punkt 9 må derfor forkastes så langt den gjelder lovtolkningen og saksbehandlingen i den forbindelse.

Tvisteloven § 26-5 – lagmannsrettens slutning punkt 10

- (21) I lagmannsrettens slutning punkt 10 fikk Barco ikke medhold i at Norxe skulle fremlegge et dokument i leselig Excel-format, selv dokumentet allerede var fremlagt i PDF-format, som Barco har anført er uleselig. Lagmannsretten ga denne begrunnelsen:

«Lagmannsretten bemerker at det er noe vanskelig å forstå hvorfor ikke Norxe kan fremlegge CAT Census 2021 i det etterspurte formatet. Dette gjelder uavhengig av om Barcos eventuelt skal ha utvist motvilje mot å fremlegge en fysisk projektor under tingrettens behandling. Lagmannsretten legger til grunn at Barco har undersøkt PDF-filen og ikke funnet de nødvendige opplysningene der. Det er tale om opplysninger som åpenbart er relevante for utmålingsspørsmålet. Ettersom Barco selv enkelt kan anskaffe dokumentet til en ikke altfor høy pris, og dermed selv har tilgang, gir likevel ikke lagmannsretten Barco medhold i begjæringen på dette punktet, jf. tvisteloven § 26-5 tredje ledd første punktum.»

- (22) Av tvisteloven § 26-5 tredje ledd første punktum følger at retten «kan» nekte tilgang til bevis «som parten har tilnærmet samme mulighet for tilgang til selv».
- (23) Lagmannsretten bygger på at Barco selv kan anskaffe dokumentet «til en ikke altfor høy pris». Barco har sagt at beløpet er 13 000 kroner, noe Norxe ikke har motsagt. Hva gjelder Norxes tilgang til dokumentet, uttaler lagmannsretten at «det er vanskelig å forstå» hvorfor selskapet ikke fremlegger dokumentet.
- (24) På dette punkt har Braco uttrykkelig anket over lagmannsrettens rettsanvendelse. Ankeutvalget mener Barcos tilgang til dokumentet ikke er «tilnærmet» den samme som Norxe, når Barco må betale en ikke helt ubetydelig kjøpesum, mens Norxe på sin side har tilgang til dokumentet og kan stille det til rådighet uten videre. Lagmannsrettens avgjørelse bygger derfor på en uriktig anvendelse av § 26-5 tredje ledd første punktum.
- (25) Dette innebærer at anken over lagmannsrettens slutning punkt 10 fører frem. Siden det bare er anket til opphevelse, går ikke ankeutvalget inn på om det er grunnlag for å avsi realitetsavgjørelse.

Anken for øvrig

- (26) Høyesteretts ankeutvalg kan nekte en anke fremmet dersom den ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende sak, og heller ikke andre hensyn taler for at anken prøves, jf. tvisteloven § 30-5. Ankenektelsen kan begrenses til enkelte krav og ankegrunner.
- (27) Ankeutvalget nekter anken fremmet for de krav og ankegrunner som ikke er behandlet ovenfor.

Sakskostnader

- (28) Anken har etter dette ikke ført frem, med unntak for på ett mindre punkt. Norxe må derfor anses å ha vunnet saken, fordi Barcos anke i det vesentlige ikke har ført frem, jf. tvisteloven § 20-2 første og andre ledd. Det er ikke grunn til å gjøre unntak etter § 20-2 tredje ledd. Det innebærer at Norxe må tilkjennes sakskostnader.
- (29) Norxe har lagt frem oppgave over kostnader for lagmannsretten og Høyesterett på til sammen 59 000 kroner. Kostnadene for lagmannsretten knytter seg til behandlingen der av de påankede spørsmålene, noe selskapet har krav på dekning av, jf. HR-2020-573-U. Kravet omfatter ti timer arbeid for prosessfullmektigen. Dette anses nødvendig og rimelig, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd, og tas derfor til følge.

(30) Avgjørelsen er enstemmig.

S L U T N I N G

1. Anken over lagmannsrettens slutning punkt 9 forkastes så langt den gjelder lovtolkningen og lagmannsrettens begrunnelse.
2. Lagmannsrettens slutning punkt 10 oppheves.
3. For øvrig nektes anken fremmet.
4. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler Barco Fredrikstad AS og Barco NV – én for begge og begge for én – til Norxe AS 59 000 – femtinitusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av kjennelsen.

Ingvald Falch
(sign.)

Bergljot Webster
(sign.)

Cecilie Østensen Berglund
(sign.)