



NORGES HØYESTERETT

EFTA Court
1, rue du Fort Thüngen
1499 Luxembourg
Luxembourg

Dok 63

Sak nr. 24-016726SIV-HRET, sivil sak, anke over kjennelse: Anmodning om rådgivende uttalelse:

1. INNLEDNING

- (1) I medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol, jf. også den norske domstoloven § 51a, anmoder Norges Høyesterett herved om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen til bruk i sak nr. 24-16726SIV-HRET. Ankende part i saken er Elmatica AS (heretter Elmatica), og ankemotpartene er Confidee AS (heretter Confidee) og A (heretter A).
- (2) Saken som Høyesterett skal behandle, gjelder spørsmål om bevistilgang for forretningshemmeligheter etter tvisteloven § 22-10 og § 26-7, og utgjør et prosessuelt løp av et større bakenforliggende søksmål. I bevistvisten er det særlig reist spørsmål om domstolen som skal avgjøre spørsmålet om bevistilgang, må innhente det omtvistede beviset for å kunne vurdere om det skal føres i saken. I tråd med nasjonal høyesterettspraksis er bestemmelsene praktisert slik at domstolen har en rett, men ingen plikt, til å innhente beviset.
- (3) Tvisteloven § 22-10 og § 26-7 har en side til forretningshemmelighetsloven, som gjennomfører EUs forretningshemmelighetsdirektiv (direktiv 2016/943). Forretningshemmelighetsdirektivet inneholder en rekke prosessregler, men regulerer ikke fremgangsmåten for å avgjøre tvister om bevistilgang for forretningshemmeligheter. Elmatica har reist spørsmål om EØS-retten likevel oppstiller krav til nasjonale domstoler når det skal fattes slike avgjørelser, og har i den forbindelse særlig vist til EU-domstolens dom i sak C-927/19, som blant annet gjaldt direktiv 89/665 om håndhevelse i saker om offentlige anskaffelser. I dommen uttaler EU-domstolen at nasjonale domstoler som skal avgjøre spørsmål om bevistilgang i anskaffelsessaker, må ha all relevant informasjon, inklusive forretningshemmeligheter, «at its disposal» før det kan fattes avgjørelse med «full knowledge of the facts». Høyesterett ber nå EFTA-domstolen uttale seg nærmere om hvilke krav EØS-retten eventuelt stiller når nasjonale domstoler skal avgjøre spørsmål om bevistilgang i saker om forretningshemmeligheter.

2. OVERSIKT OVER SAKENS PARTER

(4) De involverte parter i saken for Høyesterett er:

Ankende part: Elmatica AS

Prosessfullmektig: Advokat Rajvinder Bains
raj.bains@dlapiper.com
Advokatfirma DLA Piper Norway DA
Postboks 1364 Vika
0114 Oslo

Ankemotpart: Confidee AS

Ankemotpart: A

Prosessfullmektig: Advokat Hallvard Gilje Aarseth
hallvard.aarseth@schjodt.com
Advokatfirmaet Schjødts AS
Postboks 2444 Solli
0201 Oslo

3. SAKENS FAKTISKE BAKGRUNN

- (5) Den 29. mars 2023 gikk Elmatica til søksmål mot Confidee og A. A var tidligere ansatt i Elmatica, og var en av gründerne som etablerte Confidee etter at han sa opp sin stilling i Elmatica. I stevningen, som ble inngitt til Oslo tingrett, fremsatte Elmatica krav om erstatning for økonomisk tap i forbindelse med de saksøktes etablering og lansering av konkurrerende virksomhet. Elmatica hevder at A og Confidee har brutt lojalitetsplikten i arbeidsforhold, generalklausulen om god forretningsskikk samt forretningshemmelighetsloven. A og Confidee bestrider dette.
- (6) Under saksforberedelsen for tingretten fremsatte begge parter en rekke krav om bevis tilgang. Et av bevisene som Elmatica ba om å få tilgang til, er Confidees søknad om Skattefradrag for Forskning og Utvikling i et Nyskapende Næringsliv (forkortet SkatteFUNN). Søknaden gjelder skattefradrag for et prosjekt som omhandler utviklingen av en ny IT-plattform for kjøp og salg av kretskort, og ble inngitt til Forskningsrådet 21. september 2022. Det er ikke omstridt mellom partene at SkatteFUNN-søknaden inneholder forretningshemmeligheter tilhørende Confidee, og dermed i utgangspunktet er omfattet av bevisfritaket i tvisteloven § 22-10. En sladdet versjon av søknaden med vedlegg er fremlagt i saken. Elmatica ønsker tilgang til den usladdede versjonen med vedlegg, fordi de mener at den kan inneholde informasjon som er egnet til å kaste lys over spørsmålet om Elmaticas forretningshemmelighetsvern er krenket.
- (7) Oslo tingrett avsa kjennelse om bevis tilgang 25. september 2023, hvor Elmatica ikke ble gitt medhold i kravet om å få fremlagt søknaden om SkatteFUNN. Elmatica anket kjennelsen til Borgarting lagmannsrett for så vidt gjelder kravet om fremleggelse av nevnte søknad.
- (8) Borgarting lagmannsrett avsa kjennelse 8. januar 2024, hvor Elmaticas anke ble forkastet.

- (9) Verken tingretten eller lagmannsretten innhentet det omtvistede dokumentet før de behandlet spørsmålet om fremleggelse.
- (10) Elmatica anket til Høyesterett 23. januar 2024. Det er prinsipalt anket over rettsanvendelsen, subsidiært lovtolkningen. Slik saken står for Høyesterett, gjelder den kun fremleggelse av SkatteFUNN-søknaden. Partenes anførsler vil behandles nærmere i punkt 6 nedenfor.

4. SAKENS RETTSLIGE BAKGRUNN

4.1. Relevant norsk lovgivning

- (11) Når det gjelder bevisførsel for domstolene, er utgangspunktet i norsk rett at partene kan føre de bevis som de selv ønsker, jf. tvisteloven § 21-3 første ledd. Partene har plikt til å tilby bevis som de har hånd om, og som er nødvendige for at saken blir riktig og fullstendig opplyst, jf. § 21-4 første ledd. Det finnes imidlertid lovfestede unntak fra disse utgangspunktene. Ett av disse finnes i tvisteloven § 22-10, som regulerer bevisfritak for forretningshemmeligheter. Bestemmelsen lyder som følger:

«§ 22-10. Bevisfritak for forretningshemmeligheter

En part eller et vitne kan nekte å gi tilgang til bevis som ikke kan gjøres tilgjengelig uten å røpe en forretningshemmelighet. Retten kan likevel gi pålegg om at beviset skal gjøres tilgjengelig når den etter en avveining finner det påkrevd.»

- (12) Etter bestemmelsens første punktum kan en part eller et vitne nekte å gi motparten tilgang til bevis som inneholder forretningshemmeligheter. Av annet punktum fremkommer det imidlertid at en nasjonal domstol likevel kan pålegge en part å gjøre et bevis med forretningshemmeligheter tilgjengelig dersom det, etter en avveining, finnes påkrevd. Et slikt pålegg må være sterkt begrunnet og domstolen må veie hensynet til sakens rette opplysning mot behovet for hemmelighold. Terskelen for å gi pålegg vil være høyere når motparten er en konkurrent, og det må vurderes om motparten vil være tilstrekkelig hjulpet ved å få tilgang til opplysningene i anonymisert form, for eksempel ved at særlig sensitiv informasjon sladdes.
- (13) Bestemmelsen sier ingenting om domstolens fremgangsmåte i avveiningen. I Høyesteretts ankeutvalgs avgjørelse av 4. oktober 2023 (HR-2023-1857-U) ble det fastslått at domstolene har en rett, men ingen plikt til å kreve bevisene utlevert i forbindelse med avveiningen under tvisteloven § 22-10. Adgangen til slik utlevering hjemles i tvisteloven § 26-7, som lyder som følger:

«§ 26-7. Tvist om bevis tilgang

- (1) Ved tvist om tilgang til bevisgjenstander kan retten kreve gjenstanden framlagt til avgjørelse av om den utgjør bevis.
- (2) Imøtegås begjæringen om bevis tilgang 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.
- (3) 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. Beviset gjøres ikke kjent før tvisten om bevis tilgang er bindende avgjort.»

- (14) I HR-2023-1857-U uttaler ankeutvalget følgende om tvisteloven § 26-7 i avsnitt 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.»

- (15) Videre oppsummeres følgende i avsnittene 15–17:

«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.

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.

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.»

- (16) Rettstilstanden etter tvistelovens bestemmelser er følgelig at domstolen har en rett, men ikke en plikt, til å innhente det omtvistede dokumentet før avveiningen som tvisteloven § 22-10 legger opp til, blir foretatt.

4.2. EUs forretningshemmelighetsdirektiv

- (17) Tvisteloven § 22-10 ble endret i forbindelse med vedtakelsen av forretningshemmelighetsloven, som gjennomfører EUs forretningshemmelighetsdirektiv (direktiv (EU) 2016/943). Den trådte i kraft 1. januar 2021. I henhold til bestemmelsens forarbeider medførte ikke gjennomføringen av direktivet noen endring av bevisfritakets rekkevidde, men bestemmelsens formulering ble modernisert i tråd med forretningshemmelighetsloven.

4.2.1 Direktiv 2016/943

- (18) Direktivet regulerer ikke fremgangsmåten ved spørsmål om bevistilgang for forretningshemmeligheter. Det finnes allikevel bestemmelser i direktivet som kan være av interesse, blant annet direktivets artikkel 4 nr. 1, som lyder slik:

«Article 4

Unlawful acquisition, use and disclosure of trade secrets

1. Member States shall ensure that trade secret holders are entitled to apply for the measures, procedures and remedies provided for in this Directive in order to prevent, or obtain redress for, the unlawful acquisition, use or disclosure of their trade secret.»

- (19) Det vises også til artikkel 9 nr. 1–3, som er inntatt nedenfor:

«Article 9

Preservation of confidentiality of trade secrets in the course of legal proceedings

1. Member States shall ensure that the parties, their lawyers or other representatives, court officials, witnesses, experts and any other person participating in legal proceedings relating to the unlawful acquisition, use or disclosure of a trade secret, or who has access to documents which form part of those legal proceedings, are not permitted to use or disclose any trade secret or alleged trade secret which the competent judicial authorities have, in response to a duly reasoned application by an interested party, identified as confidential and of which they have become aware as a result of such participation or access. In that regard, Member States may also allow competent judicial authorities to act on their own initiative.

(...)

2. Member States shall also ensure that the competent judicial authorities may, on a duly reasoned application by a party, take specific measures necessary to preserve the confidentiality of any trade secret or alleged trade secret used or referred to in the course of legal proceedings relating to the unlawful acquisition, use or disclosure of a trade secret. Member States may also allow competent judicial authorities to take such measures on their own initiative.

3. When deciding on the measures referred to in paragraph 2 and assessing their proportionality, the competent judicial authorities shall take into account the need to ensure the right to an effective remedy and to a fair trial, the legitimate interests of the parties and, where appropriate, of third parties, and any potential harm for either of the parties, and, where appropriate, for third parties, resulting from the granting or rejection of such measures.»

4.2.2 EU-domstolens praksis

- (20) EU-domstolens avgjørelse i sak C-927/19, som gjelder tolkning av Innkjøpsdirektivet (2014/24) og Håndhevelsesdirektivet (direktiv 89/665), er i anken fremhevet som sentral. Foranledningen for avgjørelsen var en forespørsel om en prejudisiell avgjørelse fra høyesterett i Litauen. Saken som verserte for nasjonale domstoler, gjaldt blant annet spørsmål om dokumentfremleggelse i etterkant av en offentlig anbudskonkurranse. Tilbyderen som var rangert som nummer to i anbudskonkurransen, Ecoservice, ba om å få fremlagt tilbudet fra den som ble tildelt oppdraget, samt korrespondansen som hadde vært mellom oppdragsgiveren og tilbyderen som fikk oppdraget. Den litauiske høyesterett stilte EU-domstolen flere spørsmål. EU-domstolen har gjengitt de relevante spørsmålene om dokumentfremleggelse i avsnitt 112 slik:

«By its fourth, eighth and ninth questions, the referring court asks, in essence, whether the fourth subparagraph of Article 1(1) and Article 1(3) and (5) of Directive 89/665 and Article 21 of Directive 2014/24 must be interpreted as meaning that both the contracting authority and, as the case may be, the competent national court are required to disclose to an economic operator which has requested it all the information contained in the documents submitted by a competitor, including the confidential information contained therein. That court also wishes to know whether, in the event of a refusal to disclose

information on the ground of its confidentiality, the contracting authority must state reasons for its position regarding the confidential nature of that information.»

- (21) I avsnitt 128 viser EU-domstolen til prinsippet om nasjonal prosessautonomi, som innebærer at det er opp til medlemsstatene «to adopt detailed procedural rules governing the judicial remedies intended to safeguard the rights conferred by EU law». EU-domstolen legger imidlertid også til grunn at selv om direktiv 89/665 om håndhevelse i anskaffelsesaker ikke inneholder egne saksbehandlingsregler, er det «necessary to take into account the purpose of the act and to ensure that its effectiveness is not undermined».
- (22) Som avsnitt 112 viser til, har direktiv 89/665 blant annet bestemmelser om effektiv overprøving i artikkel 1 (1) og 1 (3). Bestemmelsene lyder som følger:

«Article 1

(1) (...)

Member states shall take the measures necessary to ensure that (...) decisions taken by the contracting authorities may be reviewed effectively and, in particular, as rapidly as possible in accordance with the conditions set out in the following Articles, and, in particular, Article 2 (7) on the grounds that such decisions have infringed Community law in the field of public procurement or national rules implementing that law.

(...)

(3) The Member States shall ensure that the review procedures are available, under detailed rules which the Member States may establish, at least to any person having or having had an interest in obtaining a particular public supply or public works contract and who has been or risks being harmed by an alleged infringement. In particular, the Member States may require that the person seeking the review must have previously notified the contracting authority of the alleged infringement and of his intention to seek review.»

- (23) EU-domstolen uttaler i avsnitt 129 at det må foretas en interesseavveining mellom «...the obligation to provide the unsuccessful tenderer with sufficient information to safeguard its right to an effective remedy» og «the right of other economic operators to protection of their confidential information and their trade secrets». En må altså veie hensynet til håndhevelse av anskaffelsesreglene mot hensynet til å beskytte konkurrentens forretningshemmeligheter i tilbudsdokumentene. For å kunne foreta denne avveiningen mellom beskyttede rettigheter, må nasjonale domstoler «carry out a full examination of all the relevant matters of fact and law», jf. avsnitt 130. For å kunne foreta en slik fullstendig vurdering, må den nasjonale domstolen «necessarily be able to have at its disposal the information required in order to decide in full knowledge of the facts, including confidential information and trade secrets».

- (24) I EU-domstolens fortolkningsdom punkt 6 besvares de nevnte spørsmålene på følgende måte:

«The fourth subparagraph of Article 1(1) and Article 1(3) and (5) of Directive 89/665, as amended by Directive 2014/23, and Article 21 of Directive 2014/24, read in light of Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, must be interpreted as meaning that the competent national court, hearing an action brought against a decision of a contracting authority refusing to disclose to an economic operator information deemed confidential in the documents submitted by the competitor to which the contract has been awarded or an action brought against the decision of a contracting authority dismissing an application for administrative review lodged against such a

refusal decision, is required to weigh the applicant's right to an effective remedy against the competitor's right to protection of its confidential information and trade secrets. To that end, that court, which must necessarily have at its disposal the information required, including confidential information and trade secrets, in order to be able to determine, with full knowledge of the facts, whether that information can be disclosed, must examine all the relevant matters of fact and of law. (...)»

- (25) Formuleringene i de siterte uttalelsene kan tolkes slik at nasjonale domstoler i anskaffelsessaker har en plikt til å innhente eller be om tilgang til tilbudsdokumentene til vinnende part i en offentlig anskaffelse som hevdes å inneholde forretningshemmeligheter, for at det skal kunne foretas en forsvarlig avveining av de beskyttede interessene.

5. KORT OM BAKGRUNNEN FOR ANMODNINGEN

- (26) Dersom – som i dette tilfellet – den ene parten i en rettstvist utenfor anskaffelsesrettens område, gjør gjeldende at den andre parten er i besittelse av bevis som kan kaste lys over spørsmålet om den første partens forretningshemmelighetsvern er krenket, og den andre parten motsetter seg å fremlegge de omtvistede bevisene fordi de inneholder den andre partens forretningshemmeligheter, skal den nasjonale domstolen avgjøre bevistvisten etter reglene i tvisteloven § 22-10 og § 26-7. Det anses hensiktsmessig å få EFTA-domstolens syn på om den forståelsen av tvisteloven § 22-10 og § 26-7 som har vært lagt til grunn i norsk rettspraksis, er i samsvar med de kravene som EØS-retten eventuelt stiller til fremgangsmåten ved avgjørelser om bevis tilgang i saker som omfattes av forretningshemmelighetsdirektivet, særlig i lys av EU-domstolens uttalelser i sak C-927/19 om at den domstolen som skal avgjøre spørsmål om bevis tilgang, må ha det omtvistede tilbudsdokumentet «at its disposal» i anskaffelsessaker.
- (27) De relevante bestemmelsene som EU-domstolen viser til i fortolkningsdommen punkt 6, som er gjengitt ovenfor, tilsvares ikke av fullt ut sammenfallende bestemmelser i forretningshemmelighetsdirektivet. Forretningshemmelighetsdirektivet har ikke bestemmelser om effektiv overprøving («review»), slik som direktiv 89/665 har i artikkel 1 (1) og 1 (3). I stedet har forretningshemmelighetsdirektivet den ovenfor gjengitte bestemmelsen i artikkel 4 om håndhevelse. Forretningshemmelighetsdirektivet har heller ikke bestemmelser om taushetsplikt for, eller etter pålegg av, offentlige oppdragsgivere, slik som direktiv 2014/24 artikkel 21. I stedet har forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 9 bestemmelser om beskyttelse av konfidensialitet i rettergang. EUs charter om grunnleggende rettigheter gjelder ikke i Norge. Den europeiske menneskerettskonvensjonen, som gjelder som norsk lov, har imidlertid bestemmelser om rettferdig rettergang og effektiv håndhevelse i artikkel 6 og 13, som innholdsmessig samsvarer med EU-charterets artikkel 47. Hensynet til effektiv håndhevelse er også nevnt i fortalen til forretningshemmelighetsdirektivet betraktning 26. Endelig bemerkes at bestemmelsen i direktiv 89/665 artikkel 1 (5), som EU-domstolen også viser til, ikke er relevant for problemstillingene i nærværende sak.
- (28) I lys av at forretningshemmelighetsdirektivet inneholder beslektede – men ikke fullt ut sammenfallende – bestemmelser som direktiv 89/665 og direktiv 2014/24, reises spørsmål om, og eventuelt i hvilken grad, EU-domstolens uttalelser i sak C-927/19 har overføringsverdi til bevistvister i saker om håndhevelse av forretningshemmeligheter, med sikte på å avklare innholdet i og omfanget av en eventuell plikt for nasjonale domstoler til å innhente omtvistede

bevis som kan inneholde beskyttede forretningshemmeligheter, for å vurdere om disse bevisene skal føres i rettergangen.

6. PARTENES ANFØRSLER

6.1 Ankende part Elmatica AS

(29) Nedenfor gjengis de bemerkninger som Elmatica AS har inngitt:

«Lagmannsrettens grunnleggende rettsanvendelsesfeil er at retten ikke har bedt om utlevering av og gjort en gjennomgang av SkatteFUNN-søknaden før de fattet en avgjørelse om at beviset ikke kunne legges frem. Det skulle retten ha gjort, spesielt vitende om at heller ikke tingretten hadde gjort dette. EØS-retten stiller også krav til nasjonal prosessrett og lagmannsretten har ikke supplert anvendelsen av den norske regelen med relevante deler av EØS-retten.

Det er først da retten på tilfredsstillende vis kan foreta avveiningen mellom Elmaticas rett til et effektivt vern og håndhevelse av sine forretningshemmeligheter og Confidees vern for sine forretningshemmeligheter.

Før retten har slik tilgang, som de av eget tiltak må be om, foretas det naturligvis ikke en reell vurdering av hva innholdet i beviset er – og videre hvilket regime som forretningshemmeligheten kan underkastes. Snarere nekter retten Elmatica tilgang, og fratar effektivt Elmatica muligheten til å håndheve sine forretningshemmeligheter. Dette er rettigheter som er sikret av EU-direktiv (2016/943 - forretningshemmelighetsdirektivet) og som nasjonalstatene har en forpliktelse til å sikre reell og effektiv håndhevelse av.

På forretningshemmelighetsområdet må den norske regelen derfor tolkes og anvendes i lys av de relevante EØS-rettslige regler og dermed sikre at de EØS-rettslige reglene blir effektive og innehaveren av en forretningshemmelighet gis en reell anledning til å håndheve sine rettigheter. Domstolene er «garantistene» her. Effektivitetsprinsippet blir enn mer aktuelt når det er tale om «uke konkurrenter», som er tilfellet i denne saken. Confidee er bygget direkte på Elmaticas virksomhet og av tidligere ansatte med inngående kjennskap til Elmaticas forretningshemmeligheter. Det er ikke tale om etablerte konkurrenter eller eksempelvis tilgang til opplysninger for å ettergå tildeling av et anbud.

Om det siste følger det av praksis fra EU-domstolen, b.la. i sak C-927/19 avsnitt 137 med henvisning til blant annet sak C-450/06 at (i en sak på anskaffelsesrettens område):

‘The fourth subparagraph of Article 1(1) and Article 1(3) and (5) of Directive 89/665 and Article 21 of Directive 2014/24, read in the light of Article 47 of the Charter, must be interpreted as meaning that the competent national court, hearing an action brought against a decision of a contracting authority refusing to disclose to an economic operator information deemed confidential in the documents submitted by the competitor to which the contract has been awarded or an action brought against the decision of a contracting authority dismissing an application for administrative review lodged against such a refusal decision, is required to weigh the applicant’s right to an effective remedy against the competitor’s right to protection of its confidential information and trade secrets. To that end, that court, which must necessarily have at its disposal the information required, including confidential information and trade secrets, in

order to be able to determine, with full knowledge of the facts, whether that information can be disclosed, must examine all the relevant matters of fact and of law. It must also be able to annul the refusal decision or the decision dismissing the application for administrative review if they are unlawful and, where appropriate, refer the case back to the contracting authority, or itself adopt a new decision if it is permitted to do so under national law.» (vår understreking)

Generaladvokat Eleanor Sharpstons uttalelse i sak C-450/06, avsnitt 47 til 51, er illustrerende for hvordan en slik prosess bør gjøres:

‘47. It is evident that conflicts are likely to arise between the right to confidential treatment of business secrets, the need for transparency in the field of public procurement, the duty of review bodies to ensure effective review and the right of all parties to a fair hearing.

48. To the extent possible, those interests should obviously be reconciled, although it will not always be feasible to reconcile them fully. In particular, it will in some cases be necessary to restrict one party’s right – to require confidential treatment of business secrets or to have access to all the evidence in the file – in order to ensure that the very substance or essence of the other party’s right, or the court’s power and duty of effective review, is not impaired. However, any restriction must not go beyond what is necessary for that purpose, and a fair balance must be struck between the conflicting rights. [henvisning fjernet]

49. Where rights are not absolute, [henvisning fjernet] they must be considered in relation to their function. Restrictions may be imposed, provided that they meet objectives of general interest and do not constitute a disproportionate and intolerable interference impairing the very substance of the rights. [henvisning fjernet]

50. In award review proceedings of the kind in issue in the present case, the review body could first examine any disputed evidence itself and then place on the file accessible to all the principal parties only such evidence as it judges relevant to deciding the case before it. Evidence which is not placed on the file should not be taken into account. Some evidence might however be placed on the file in a masked, truncated or otherwise edited form in order to protect business secrets, if the court or tribunal concerned considered that full disclosure of the evidence in question would genuinely be detrimental to the legitimate interests of a party which had made an application requesting confidentiality of that information.

51. A reasonable and pragmatic solution could be for the review body to request the party holding the evidence to provide an edited version which could be made available to the other party or parties – subject to the review body’s own supervision in order to ensure that only genuinely confidential elements which do not appear decisive to the resolution of the dispute are edited out. In that case, even if the review body has seen evidence concealed from certain parties, it should endeavour not to use that evidence in any way which could infringe those parties’ rights to a fair hearing and to equality of arms.’»

EU-domstolen oppstiller altså, som et minimumskrav, at den nasjonale domstolen må få tilgang til relevant informasjon, herunder konfidensiell informasjon og forretningshemmeligheter, før den fatter en beslutning om hvilken informasjon som kan gis, til hvem og hvordan. Før slik

tilgang er gitt, er det naturligvis ikke mulig å gjennomføre en fornuftig avveining mellom de to kryssende hensyn.

Generaladvokat Sharpston oppsummerer hvordan en slik prosess kan gjøres, med utgangspunkt i en sak på anskaffelsesrettens område. Det er imidlertid ingen grunn til å oppstille et skille mellom ulike rettsområder innenfor EØS-retten, slik at det for visse rettsområder skal gjelde en plikt til å legge frem forretningshemmeligheten(e) for domstolen (f.eks. i anskaffelsesretten), mens det for andre områder skal være opp til den nasjonale domstolens skjønn (f.eks. i saker etter forretningshemmelighetsdirektivet) om de skal legges frem for domstolen. I begge situasjoner er det utvilsomt at innehaveren har krav på vern for sine forretningshemmeligheter etter forretningshemmelighetsdirektivet. Begrunnelsen for vernet er også det samme i begge tilfeller. Videre er tilgangen til forretningshemmeligheten(e) nødvendig for at saksøker kan håndheve sine rettigheter, enten det gjelder retten til å ettergå hvorvidt et anbud er gitt lovlig eller for å underbygge at saksøkte har gjort inngrep i saksøkers forretningshemmeligheter. Det er ingen grunn til å skille mellom de to situasjonene. Om noe ville det vært mer nærliggende å pålegge en slik plikt på forretningshemmelighetsområdet enn ellers, da det uten en slik tilgang raskt blir tale om et illusorisk forretningshemmelighetsvern og det paradoksalt nok for å verne en annens forretningshemmelighet.

Anvisningene fra EU-domstolen og Generaladvokaten må etter Elmaticas syn være like tungtveiende i en sak som dette, som i en sak på anskaffelsesrettens område.»

6.2 Ankemotpartene Confidee og A

(30) Nedenfor gjengis de bemerkninger som Confidee og A har inngitt:

«Lagmannsretten har ikke bygd på uriktig lovtolkning når den har avsagt kjennelse uten å innhente en usladdet versjon av SkatteFUNN-søknaden, jf. tvisteloven § 26-7, jf. § 22-10. Det er avklart av Høyesterett i HR-2023-1857-U at det ikke gjelder noen plikt til å innhente de aktuelle dokumentet forut for en vurdering etter tvisteloven § 22-10 om forretningshemmeligheter. Hvorvidt retten vil be om å få utlevert dokumentene før vurderingen etter tvisteloven § 22-10, beror på rettens skjønn, jf. HR-2023-1857-U avsnitt 17.

EU-domstolens avgjørelse C 927/19 på anskaffelsesrettens område, kan ikke medføre at det hefter mangler ved lagmannsrettens tolkning av tvisteloven § 26-7, jf. § 22-10. C-927/19 gjelder ikke de samme spørsmålene som vår sak, og har ingen direkte overføringsverdi eller relevans for tolkning av tvisteloven § 22-10 eller forretningshemmelighetsdirektivet.

De plikter som kan utledes av C-927/19 gjelder kun i anskaffelsessaker, og uttalelsene gjelder forpliktelsene som følger av Innkjøpsdirektivet (2014/24) og Håndhevelsesdirektivet (direktiv 89/665). Forståelsen av disse direktivene har ikke relevans for denne saken, som ikke gjelder en tapende parts mulighet til å påklage overtredelser av anskaffelsesregelverket, men er en erstatningssak mellom to private parter uten forbindelse med anskaffelsesretten.

EU-domstolens drøftelse i C-927/19 avsnitt 127 flg. gjelder medlemsstatenes forpliktelser til å sikre tapende part i en offentlig anskaffelse mulighet til effektiv håndhevelse av anskaffelsesregelverket og samtidige beskyttet den vinnende parts konfidensielle informasjon. Som det fremgår i avsnitt 129 må *‘the obligation to provide the unsuccessful tenderer with sufficient information to safeguard its right to an effective remedy must be weighed against the right of other economic operators to protection of their confidential information and their trade secrets’*. Videre fremgår det av avsnitt 130 at *‘the need to safeguard the public interest in maintaining fair competition in public procurement procedures’* må veies mot behovet for å beskytte genuin konfidensiell informasjon. Drøftelsene og konklusjonene er knyttet til

regelverk som er spesifikt for offentlige anskaffelser og statens forpliktelse til å håndheve dette, samt de særlig offentlige hensyn som gjør seg gjeldende i slike saker. I den grad C-927/19 har betydning for tolkningen av norske prosessregler, er det for tolkning av tvisteloven § 22-3, som er den bestemmelsen som regulerer fremleggelse av vinnende parts tilbud inneholdende forretningshemmeligheter.

De aktuelle uttalelsene gjelder ikke forståelsen eller håndhevelsen av forretningshemmelighetsdirektivet (2016/943), som er det EØS-direktivet som eventuelt har betydning for tolkningen av tvisteloven § 22-10. Noen direkte relevans eller overføringsverdi foreligger altså ikke, og argumentasjonsverdien må også anses begrenset. Som uttalelsen i avsnitt 130 illustrerer, er det helt andre offentlige hensyn som gjør seg gjeldende i en anskaffelsessak, enn i en sak mellom to private parter hvor det er uenighet om fremleggelse av forretningshemmeligheter.

I alle tilfeller kan det ikke fra C-927/19 utledes noen absolutt plikt til å innhente de påståtte taushetsbelagte opplysningene på forhånd ved vurderinger av hva som skal gis ut. Det følger av avsnitt 130 at domstolen '[...] *must necessarily be able to have at its disposal the information required in order to decide in full knowledge of the facts, including confidential information and trade secrets*'. Ankemotparten kan ikke se at det her stilles andre krav til prosessreglene enn det som allerede følger av tvisteloven § 26-7 jf. § 22-10. Domstolen er gjennom disse reglene «*able to have at its disposal the information required in order to decide in full knowledge of the facts, including confidential information and trade secrets*». Det sentrale er at domstolen har *mulighet* til å gjennomføre en egen vurdering ved behov, slik norsk prosessrett sikrer.»

7. SPØRSMÅL TIL EFTA-DOMSTOLEN

I tråd med de rettslige utgangspunktene som er gjennomgått over, stiller Høyesterett følgende spørsmål til EFTA-domstolen:

1. Krever EØS-retten at nasjonale domstoler ved tvister om bevis tilgang i saker om håndhevelse av forretningshemmeligheter foretar en avveining av den ene partens rett til håndhevelse av påberopte forretningshemmeligheter, mot den andre partens rett til beskyttelse av sine påberopte forretningshemmeligheter?
2. Oppstiller EØS-retten i den forbindelse en plikt for nasjonale domstoler til å innhente og gjennomgå omtvistede bevis som kan inneholde forretningshemmeligheter, for å vurdere om disse bevisene skal føres i rettergangen, eller er det tilstrekkelig at de nasjonale domstolene har en skjønnsmessig adgang til å innhente de aktuelle bevisene i de tilfeller hvor domstolen anser dette nødvendig for å kunne foreta en forsvarlig vurdering av om beviset skal kreves fremlagt?

Oslo, 17. juni 2024

Are Stenvik
Høyesterettsdommer

Elektronisk signert