



E-11/23-20

RETTSMØTERAPPORT

i sak E-11/23

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Eidsivating lagmannsrett i en sak mellom

Låssenteret AS

og

Assa Abloy Opening Solutions Norway AS,

om tolkningen av blant annet direktiv (EU) 2016/943 om vern av forretningshemmeligheter i forbindelse med et erstatningssøksmål for påstått brudd på konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54.

I Innledning

1. Eidsivating lagmannsrett har fremsatt en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak den har til behandling mellom Låssenteret AS («Låssenteret») og Assa Abloy Opening Solutions Norway AS («Assa Abloy»). Låssenteret har tatt ut søksmål mot Assa Abloy for påstått brudd på norsk konkurranselovgivning og konkurranseretten i EØS.

2. Under saksforberedelsen i førsteinstans fremsatte Låssenteret 18 krav om bevisstilgang. Den 8. mai 2023 avsa Follo og Nordre Østfold tingrett kjennelse hvor kravene om bevisstilgang ikke ble tatt til følge, blant annet under henvisning til europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling («direktiv 2016/943»). Det er denne del av kjennelsen Låssenteret har anket til Eidsivating lagmannsrett, og som den foreliggende anmodning om rådgivende uttalelse gjelder.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

3. Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») artikkel 6 lyder:

Ved gjennomføringen og anvendelsen av bestemmelsene i denne avtale, og med forbehold for den fremtidige utvikling av rettspraksis, skal bestemmelsene, så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler i Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap og Traktaten om opprettelse av Det europeiske kull- og stålfellesskap og med rettsakter som er vedtatt i henhold til de to traktatene, fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale.

4. EØS-avtalen artikkel 54 lyder:

Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling innen det territorium som er omfattet av denne avtale, eller i en vesentlig del av det, skal være forbudt og uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning den kan påvirke handelen mellom avtalepartene.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,*
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,*
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*

5. Artikkel 3 nr. 2 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol («ODA») lyder:

EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen skal gjennom fortolkningen og anvendelsen av EØS-avtalen og denne avtale ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser som De europeiske

fellesskaps domstol har truffet etter undertegningen av EØS-avtalen, og som berører fortolkningen av EØS-avtalen eller av regler i traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap og traktaten om opprettelse av Det europeiske kull- og stålfellesskap så langt de i sitt materielle innhold er identiske med bestemmelsene i EØS-avtalen eller bestemmelsene i protokoll 1–4 og bestemmelsene i de rettsakter som svarer til dem som er oppført i vedlegg I og II til denne avtale.

6. Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling (EUT 2016 L 157, s. 1, og EØS-tillegg 2020 nr. 33, s. 480) («direktiv 2016/943») ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 (EUT 2020 L 210, s. 76, og EØS-tillegg 2020 nr. 44, s. 92) («beslutning nr. 91/2019»). Det vises til direktiv 2016/943 i nr. 13 i vedlegg XVII (Opphavsrett) til EØS-avtalen. Forfatningsrettslige krav ble angitt av Island, Liechtenstein og Norge. Kravene ble oppfylt 6. november 2020, og beslutningen trådte i kraft 1. januar 2021.

7. Artikkel 1 i beslutning nr. 91/2019 lyder:

I EØS-avtalens vedlegg XVII, etter nr. 12 (europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2017/1128), skal nytt nr. 13 lyde:

«13. 32016 L 0943: Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og utlevering (EUT L 157 av 15.6.2016, s. 1).

Direktivets bestemmelser skal for denne avtales formål gjelde med følgende tilpasning:

a) I artikkel 1 nr. 1 skal ordet 'TEUV', når det gjelder EFTA-statene, forstås som 'EØS-avtalen'.

b) Henvisning i artikkel 1 nr. 2 bokstav a) og artikkel 5 bokstav a) til 'retten til yrings- og informasjonsfrihet som fastsatt i pakten' skal, når det gjelder EFTA-statene, forstås som 'den grunnleggende retten til yrings- og informasjonsfrihet'.

c) I artikkel 1 nr. 2 bokstav b) og c) skal ordene 'unionsregler eller nasjonale regler', når det gjelder EFTA-statene, forstås som 'EØS-regler eller nasjonale regler'.

d) Henvisning i artikkel 1 nr. 2 bokstav c) til 'unionsinstitusjoner og -organer' skal, når det gjelder EFTA-statene, forstås slik at de også omfatter 'EØS-EFTA-institusjoner og -organer'.

e) I artikkel 1 nr. 2 bokstav c) og nr. 3 bokstav c), artikkel 3 nr. 2 og artikkel 5 bokstav c) og d) skal ordene 'unionsretten eller nasjonal rett', når det gjelder EFTA-statene, forstås som 'EØS-rett eller nasjonal rett'.

f) I artikkel 1 nr. 2 bokstav d) og artikkel 3 nr. 1 bokstav c) skal ordene 'unionsretten og nasjonal rett og praksis', når det gjelder EFTA-statene, forstås som 'EØS-rett og nasjonal rett og praksis'.»

8. Betraktning 4, 7, 10, 15, 24, 25, og 38 i direktiv 2016/943 lyder:

4) Innovative foretak blir stadig mer utsatt for uredelig praksis med sikte på urettmessig tilegnelse av forretningshemmeligheter, for eksempel tyveri, kopiering uten tillatelse, økonomisk spionasje eller manglende oppfyllelse av fortrolighetskrav, både i og utenfor Unionen. Den seneste utviklingen, for eksempel globaliseringen, økt utkontraktering, lengre forsyningskjeder og den økte bruken av informasjons- og kommunikasjonsteknologi, bidrar til å øke risikoen for slik praksis. Ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet hindrer at rettmessige innehavere av forretningshemmeligheter får de fordelene av innovasjonsinnsatsen som tilfaller den som er først på markedet. Uten effektive og sammenlignbare rettslige midler for å beskytte forretningshemmeligheter i hele Unionen undergraves insentiver til å delta i virksomhet knyttet til innovasjon over landegrensene i det indre marked, og forretningshemmeligheters potensial som drivkraft for økonomisk vekst og sysselsetting blir ikke utnyttet. Dette motvirker innovasjon og kreativitet og fører til reduserte investeringer, noe som påvirker det indre markedes virkemåte og undergraver dets vekstfremmende potensial.

7) Nasjonale regler varierer også med hensyn til om rettmessige innehavere av forretningshemmeligheter kan kreve at varer produsert av tredjepart som bruker forretningshemmeligheter ulovlig, skal tilintetgjøres, eller at dokumenter, filer eller materiale som inneholder eller utgjør den ulovlig tilegnede eller brukte forretningshemmeligheten, skal leveres tilbake eller tilintetgjøres. Videre tar gjeldende nasjonale regler for beregning av skadeserstatning ikke alltid hensyn til forretningshemmelighetenes immaterielle art, som gjør det vanskelig å dokumentere den faktisk tapte fortjenesten eller inngriper uberettigede gevinst i tilfeller der de aktuelle opplysningenes markedsverdi ikke kan fastsettes. Bare et fåtall medlemsstater tillater anvendelse av abstrakte regler for beregning av skadeserstatning på grunnlag av en rimelig royalty eller avgift som skulle vært betalt dersom det

var gitt tillatelse til å bruke forretningshemmeligheten. Dessuten fastsetter mange nasjonale regler ikke tilstrekkelig beskyttelse av en forretningshemmelighets fortrolighet når innehaveren av en forretningshemmelighet bringer et krav inn for retten på grunn av en tredjeparts påståtte ulovlige tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten, noe som gjør de eksisterende tiltakene og rettsmidlene mindre tiltrekkende og svekker den beskyttelsen som tilbys.

10) Det er hensiktsmessig å fastsette regler på unionsplan for tilnærming av medlemsstatenes lovgivning for å sikre at det finnes en tilstrekkelig og ensartet adgang til sivilrettslige rettsmidler i det indre marked i tilfelle av ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet. Disse reglene bør ikke berøre medlemsstatenes mulighet til å gi mer omfattende beskyttelse mot ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter, så lenge de beskyttelsestiltakene som er uttrykkelig fastsatt i dette direktiv for å beskytte andre parter interesser, overholdes.

15) Det er også viktig å identifisere under hvilke omstendigheter rettslig beskyttelse for forretningshemmeligheter er berettiget. Det er derfor nødvendig å fastsette hva slags atferd og praksis som skal anses som ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet.

24) Muligheten for at en forretningshemmelighets fortrolighet går tapt i forbindelse med rettergang, avskrekker ofte rettmessige innehavere av forretningshemmeligheter fra å innlede rettergang for å forsvare sine forretningshemmeligheter, noe som kan føre til at de fastsatte tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene blir mindre effektive. Av denne grunn er det, med forbehold for egnede beskyttelsestiltak som sikrer retten til effektiv klageadgang og til rettferdig rettergang, nødvendig å fastsette særlige krav med sikte på å beskytte den omstridte forretningshemmelighetens fortrolighet i forbindelse med rettergang som innledes for å forsvare den. En slik beskyttelse bør fortsatt gjelde etter at rettergangen er avsluttet, og så lenge opplysningene som utgjør forretningshemmeligheten, ikke er offentlig tilgjengelige.

25) Slike krav bør minst omfatte muligheten til å begrense kretsen av personer som har rett til å få tilgang til beviser eller adgang til rettsmøter, med tanke på at alle disse personene bør være underlagt fortrolighetskravene fastsatt i dette direktiv, og muligheten til å offentliggjøre bare de delene av rettsavgjørelser som ikke er fortrolige. Med tanke på at en vurdering av arten av opplysningene som er gjenstand for en tvist, er et av hovedformålene med rettergang, er det i denne sammenheng særlig viktig å sikre både en effektiv beskyttelse av forretningshemmeligheters fortrolighet og respekt for partenes rett til effektiv klageadgang og til rettferdig rettergang. Den begrensede kretsen av personer

bør derfor bestå av minst én fysisk person fra hver av partene samt deres respektive advokater, og eventuelt andre representanter som i samsvar med nasjonal rett er kvalifiserte til å forsvare, representere eller ivareta interessene til en part i en rettergang som omfattes av dette direktiv, og alle bør ha full tilgang til slike beviser eller full adgang til slike rettsmøter. Dersom en av partene er en juridisk person, bør vedkommende kunne foreslå en eller flere fysiske personer som bør inngå i den kretsen av personer, slik at det sikres at den juridiske personen er tilstrekkelig representert, med forbehold for egnet domstolskontroll for å hindre at formålet med å begrense tilgangen til beviser og adgangen til rettsmøter undergraves. Slike beskyttelsestiltak bør ikke oppfattes som et krav om at partene skal være representert ved en advokat eller en annen representant under rettergangen, når slik representasjon ikke kreves i henhold til nasjonal rett. De bør heller ikke oppfattes som en begrensning av domstolenes myndighet til, i samsvar med gjeldende regler og praksis i den berørte medlemsstaten, å beslutte hvorvidt og i hvilken utstrekning relevante tjenestemenn ved domstolene også bør ha full tilgang til beviser og full adgang til rettsmøter i forbindelse med utøvelsen av sine oppgaver.

38) Dette direktiv bør ikke berøre anvendelsen av konkurranseregler, særlig artikkel 101 og 102 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV). De tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er fastsatt i dette direktiv, bør ikke anvendes for å begrense konkurransen på en utilbørlig måte i strid med TEUV.

9. Artikkel 1 nr. 1 og 2 i direktiv 2016/943, med overskriften «Formål og virkeområde», lyder:

1. Dette direktiv fastsetter regler for beskyttelse av forretningshemmeligheter mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling.

Medlemsstatene kan, i samsvar med bestemmelsene i TEUV, fastsette en mer vidtgående beskyttelse mot ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter enn det som kreves i dette direktiv, forutsatt at det sikres overholdelse av artikkel 3, 5 og 6, artikkel 7 nr. 1, artikkel 8, artikkel 9 nr. 1 annet ledd, artikkel 9 nr. 3 og 4, artikkel 10 nr. 2, artikkel 11, artikkel 13 og artikkel 15 nr. 3.

2. Dette direktiv berører ikke

a) utøvelsen av retten til ytrings- og informasjonsfrihet som fastsatt i pakten, herunder respekten for pressefrihet og mediemangfold,

b) anvendelsen av unionsregler eller nasjonale regler som krever at innehavere av forretningshemmeligheter av hensyn til allmennhetens

interesse skal formidle opplysninger, herunder forretningshemmeligheter, til offentligheten eller til forvaltnings- eller rettsmyndigheter for at disse myndighetene skal kunne utføre sine oppgaver,

c) anvendelsen av unionsregler eller nasjonale regler som krever eller tillater at unionsinstitusjoner og -organer eller nasjonale offentlige myndigheter formidler opplysninger som er framlagt av foretak, og som disse institusjonene, organene eller myndighetene innehar i henhold til og i samsvar med de forpliktelsene og rettighetene som er fastsatt i unionsretten eller nasjonal rett,

d) uavhengigheten til partene i arbeidslivet og deres rett til å inngå tariffavtaler, i samsvar med unionsretten og nasjonal rett og praksis.

10. Artikkel 2 i direktiv 2016/943, med overskriften «Definisjoner», lyder:

I dette direktiv menes med

(1) «forretningshemmelighet» informasjon som oppfyller alle følgende krav:

a) Den er hemmelig i den forstand at den ikke, sett som helhet eller på grunn av elementenes konkrete sammenstilling, er allment kjent eller lett tilgjengelig for personer i kretser der det er vanlig å behandle den aktuelle typen opplysninger.

b) Den har en salgsverdi fordi den er hemmelig.

c) Den personen som lovlig kontrollerer opplysningene, har truffet tiltak som er rimelige under de gitte omstendighetene, for å holde den hemmelig,

(2) «innehaver av en forretningshemmelighet» en fysisk eller juridisk person som lovlig kontrollerer en forretningshemmelighet,

(3) «inngriper» enhver fysisk eller juridisk person som ulovlig har tilegnet seg, brukt eller formidlet en forretningshemmelighet,

(4) «varer som gjør inngrep» varer hvis utforming, egenskaper, virkemåte, produksjonsprosess eller markedsføring i betydelig grad drar fordel av forretningshemmeligheter som er ulovlig tilegnet, brukt eller formidlet.

11. Artikkel 3 i direktiv 2016/943, med overskriften «Lovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter», lyder:

1. Tilegnelse av en forretningshemmelighet skal anses som lovlig når forretningshemmeligheten tilegnes på en av følgende måter:

a) *Uavhengig oppdagelse eller frambringelse.*

b) *Observasjon, undersøkelse, demontering eller prøving av et produkt eller en gjenstand som er gjort tilgjengelig for offentligheten, eller som den personen som tilegner seg opplysningene, innehar lovlig, og denne personen ikke har noen rettsgyldig plikt til å begrense tilegnelsen av forretningshemmeligheten.*

c) *Utøvelsen av arbeidstakeres eller arbeidstakerrepresentanters rett til informasjon og konsultasjon i samsvar med unionsretten og nasjonal rett og praksis.*

d) *Enhver annen praksis som under de gitte omstendighetene er i samsvar med hederlig handelspraksis.*

2. *Tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet skal anses som lovlig i den utstrekning slik tilegnelse, bruk eller formidling kreves eller tillates i henhold til unionsretten eller nasjonal rett.*

12. Artikkel 4 i direktiv 2016/943, med overskriften «Ulovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter», lyder:

1. *Medlemsstatene skal sikre at innehavere av forretningshemmeligheter har rett til å anmode om de tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er fastsatt i dette direktiv, for å forebygge eller motta erstatning for ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av deres forretningshemmeligheter.*

2. *Tilegnelse av en forretningshemmelighet uten samtykke fra innehaveren av forretningshemmeligheten skal anses som ulovlig når den utføres gjennom*

a) *ulovlig tilgang til, tilegnelse eller kopiering av dokumenter, gjenstander, materialer, stoffer eller elektroniske filer som lovlig kontrolleres av innehaveren av en forretningshemmelighet, og som inneholder en forretningshemmelighet, eller som en forretningshemmelighet kan utledes av,*

b) *enhver annen atferd som under de gitte omstendighetene anses å være i strid med hederlig handelspraksis.*

3. *Bruk eller formidling av en forretningshemmelighet uten samtykke fra innehaveren av en forretningshemmelighet skal anses som ulovlig når dette gjøres av en person som har vist seg å oppfylle alle følgende vilkår:*

a) *Vedkommende har tilegnet seg forretningshemmeligheten ulovlig.*

- b) *Vedkommende har misligholdt en avtale om fortrolighet eller en annen plikt til ikke å formidle forretningshemmeligheten.*
 - c) *Vedkommende har misligholdt en avtaleforpliktelse eller en annen plikt til å begrense bruken av forretningshemmeligheten.*
4. *Tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet skal også anses som ulovlig når en person, på tidspunktet for tilegnelsen, bruken eller formidlingen, visste eller under de gitte omstendighetene burde ha visst at forretningshemmeligheten var mottatt direkte eller indirekte fra en person som brukte eller formidlet forretningshemmeligheten ulovlig i henhold til nr. 3.*
5. *Å produsere, tilby for salg eller bringe i omsetning varer som gjør inngrep, eller å importere, eksportere eller lagre varer som gjør inngrep, for disse formålene, skal også anses som ulovlig bruk av en forretningshemmelighet dersom den personen som utøver slik virksomhet, visste eller under de gitte omstendighetene burde ha visst at forretningshemmeligheten ble brukt ulovlig i henhold til nr. 3.*

13. Artikkel 9 i direktiv 2016/943, med overskriften «Bevaring av forretningshemmeligheters fortrolighet i forbindelse med rettergang», lyder:

1. Medlemsstatene skal sikre at partene, deres advokater eller andre representanter, domstolens tjenestemenn, vitner, sakkyndige og andre personer som deltar i rettergang knyttet til ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter, eller som har tilgang til dokumenter som inngår i slik rettergang, ikke tillates å bruke eller formidle forretningshemmeligheter eller påståtte forretningshemmeligheter som vedkommende rettsmyndigheter, etter en behørig begrunnet anmodning fra en berørt part, har identifisert som fortrolige, og som de har fått kjennskap til som følge av en slik deltakelse eller tilgang. I denne forbindelse kan medlemsstatene også tillate at vedkommende rettsmyndigheter handler på eget initiativ.

Forpliktelsen nevnt i første ledd skal fortsette å gjelde etter at rettergangen er avsluttet. En slik forpliktelse skal imidlertid opphøre i følgende tilfeller:

- a) *Dersom det ved en endelig avgjørelse fastslås at den påståtte forretningshemmeligheten ikke oppfyller kravene i artikkel 2 nr. 1, eller*
- b) *dersom de aktuelle opplysningene over tid blir allment kjent blant eller lett tilgjengelige for personer i kretser der det er vanlig å behandle denne typen opplysninger.*

2. Medlemsstatene skal også sikre at vedkommende rettsmyndigheter, etter en behørig begrunnet anmodning fra en av partene, treffer særlige tiltak som er nødvendige for å bevare fortroligheten knyttet til enhver forretningshemmelighet eller påstått forretningshemmelighet som brukes eller blir vist til i forbindelse med rettergang knyttet til ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet. Medlemsstatene kan også tillate at vedkommende rettsmyndigheter treffer slike tiltak på eget initiativ.

Tiltakene nevnt i første ledd skal minst omfatte muligheten til

a) å gi bare et begrenset antall personer full eller delvis tilgang til et dokument som inneholder forretningshemmeligheter eller påståtte forretningshemmeligheter, og som er framlagt av partene eller tredjepart,

b) å gi bare et begrenset antall personer adgang til rettsmøter der forretningshemmeligheter eller påståtte forretningshemmeligheter kan bli formidlet, og å gi bare et begrenset antall personer tilgang til referatene eller utskriftene fra slike møter,

c) å gjøre tilgjengelig for personer som ikke inngår i det begrensede antallet personer nevnt i bokstav a) og b), en ikke-fortrolig versjon av enhver rettsavgjørelse, der de delene som inneholder forretningshemmeligheter, er fjernet eller sladdet.

Antallet personer nevnt i annet ledd bokstav a) og b) skal ikke være større enn det som er nødvendig for å sikre partenes rett til effektiv klageadgang og til rettferdig rettergang, og skal omfatte minst én fysisk person fra hver part og de respektive advokatene eller andre representanter for partene i rettergangen.

3. Når vedkommende rettsmyndigheter treffer avgjørelse om tiltakene nevnt i nr. 2 og vurderer om de står i rimelig forhold til målet, skal de ta hensyn til behovet for å sikre retten til effektiv klageadgang og til rettferdig rettergang, partenes og eventuelt tredjeparts rettmessige interesser, og eventuell skade som partene og eventuelt tredjepart kan bli påført som følge av at slike tiltak godkjennes eller avvises.

4. All behandling av personopplysninger i henhold til nr. 1, 2 eller 3 skal skje i samsvar med direktiv 95/46/EF.

14. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om visse bestemmelser om søksmål etter nasjonal rett vedrørende erstatning for overtredelser av

medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurranseregler (EUT 2014 L 349, s. 1) («direktiv 2014/104») er ikke gjennomført i EØS-avtalen.¹

15. Artikkel 1 i direktiv 2014/104, med overskriften «Formål og virkeområde», lyder:

1. Dette direktiv fastsetter visse regler som er nødvendige for å sikre at enhver som har blitt påført skade som følge av et foretaks eller en foretakssammenslutnings overtredelse av konkurransereglene, effektivt kan utøve sin rett til å kreve full erstatning for skaden fra vedkommende foretak eller sammenslutning. Det fastsetter regler som fremmer konkurranse på like vilkår på det indre marked og fjerner hindringer for at det skal fungere på en tilfredsstillende måte, ved å sikre likeverdig beskyttelse i hele Unionen for enhver som har blitt påført slik skade.

2. Dette direktiv fastsetter regler for å samordne konkurransemyndighetenes håndheving av konkurransereglene og håndhevingen av disse reglene i erstatningssøksmål for nasjonale domstoler.

16. Artikkel 5 i direktiv 2014/104, med overskriften «Framlegging av bevis», lyder:

1. Medlemsstatene skal sikre at nasjonale domstoler i behandlingen av erstatningssøksmål i Unionen, etter krav fra saksøker som er begrunnet med rimelig tilgjengelige faktiske opplysninger og bevis som i tilstrekkelig grad underbygger erstatningskravet, kan pålegge saksøkte eller en tredjepart å framlegge relevante bevis som de har kontroll over, på vilkårene fastsatt i dette kapittel. Medlemsstatene skal sikre at nasjonale domstoler på anmodning fra saksøkte kan pålegge saksøkte eller en tredjepart å framlegge relevante bevis.

Dette nummer berører ikke nasjonale domstolars rettigheter og forpliktelser i henhold til forordning (EF) nr. 1206/2001.

2. Medlemsstatene skal sikre at nasjonale domstoler kan pålegge framlegging av nærmere angitte bevis eller relevante kategorier av bevis, som skal være angitt så nøyaktig og snevert som mulig på grunnlag av rimelig tilgjengelige faktiske opplysninger i begrunnelsen.

3. Medlemsstatene skal sikre at nasjonale domstoler begrenser framleggingen av bevis til det som er forholdsmessig. Ved vurderingen av om en parts anmodning om framlegging er forholdsmessig, skal nasjonale domstoler ta hensyn til alle berørte parter og tredjeparters rettmessige interesser. De skal særlig ta hensyn til

¹ Oversettelsen til norsk av direktiv 2014/104 er uoffisiell.

a) i hvilken grad kravet eller påstanden er underbygget med tilgjengelige faktiske opplysninger og bevis som begrunner anmodningen om framlegging av bevis,

b) omfanget av og kostnadene ved framleggingen, særlig for eventuelle berørte tredjeparter, inkludert å forhindre søk etter opplysninger som ikke er konkretisert, og som sannsynligvis ikke er relevante for partene i saken,

c) om bevisene som søkes framlagt inneholder fortrolig informasjon, særlig om tredjeparter, og hvilke tiltak som er på plass for å beskytte slike fortrolige opplysninger.

4. Medlemsstatene skal sikre at nasjonale domstoler har myndighet til å pålegge framlegging av bevis som inneholder fortrolige opplysninger, dersom de anser at dette er relevant for erstatningssøksmålet. Medlemsstatene skal sikre at nasjonale domstoler når de pålegger slike opplysninger framlagt, har tilgang til effektive virkemidler for å beskytte slike opplysninger.

5. Foretakenes interesse i å unngå erstatningssøksmål etter en overtredelse av konkurransereglene skal ikke utgjøre en interesse som skal beskyttes.

6. Medlemsstatene skal sikre at nasjonale domstoler gir full virkning til retten til fortrolighet mellom advokat og klient i henhold til unionsretten eller nasjonal rett når de gir pålegg om framlegging av bevis.

7. Medlemsstatene skal sikre at den en anmodning om bevisframlegging er rettet mot, gis mulighet til å bli hørt før en nasjonal domstol gir pålegg om framlegging i henhold til denne artikkel.

8. Uten at dette berører nr. 4 og 7 og artikkel 6, skal denne artikkel ikke være til hinder for at medlemsstatene kan opprettholde eller innføre regler som vil føre til mer omfattende bevisframlegging.

Nasjonal rett

17. Lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) («tvisteloven») inneholder regler om bevis.

18. Tvisteloven § 21-3 første ledd lyder:

(1) Partene har rett til å føre de bevis de ønsker. Unntak fra retten til å føre bevis følger av §§ 21-7 og 21-8, kapittel 22 og øvrige bevisregler i loven her.

19. Tvisteloven § 22-10, med overskriften «Bevisfritak for forretningshemmeligheter», lyder:

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.

20. Tvisteloven § 22-12 annet til fjerde ledd lyder:

(2) Blir beviset ført i henhold til pålegg fra retten, kan retten pålegge taushetsplikt og bestemme at muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører. Det samme gjelder hvor retten ikke har fritatt for bevisplikt etter § 22-5 annet ledd, § 22-8 annet ledd eller § 22-9 tredje og fjerde ledd.

(3) Når bevis omhandlet i § 22-10 føres etter pålegg fra retten, skal retten pålegge de tilstedeværende taushetsplikt og forbud mot bruk av forretningshemmeligheten som kan utledes av beviset. Retten kan bestemme at muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører. Retten kan i særlige tilfeller begrense partenes adgang til å benytte rettslige medhjelpere etter § 3-7 til det retten anser nødvendig.

(4) Forbud og påbud etter tredje ledd første punktum skal gjelde inntil det i rettskraftig dom eller kjennelse fastslås at opplysningene ikke utgjør forretningshemmeligheter, eller vernet bortfaller som følge av at opplysningene blir allment kjent eller lett tilgjengelig.

21. Tvisteloven § 26-7, med overskriften «Tvist om bevis tilgang», lyder:

(1) Ved tvist om tilgang til bevisgjensstander 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 bevisgjensstanden framlegges uten at retten i kraft av særlig lovbestemmelse kan bestemme at beviset likevel skal føres. Er bare deler av bevisgjensstanden 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

III Faktum og saksgang

22. Låssenteret driver med salg, installasjon og vedlikehold av lås- og sikkerhetssystemer. Assa Abloy er en del av Assa Abloy-konsernet og produserer og selger låser, nøkler, dørhåndtak og dørlukkere og tjenester innen adgangskontroll for privatpersoner og til profesjonelle aktører, slik som låsesmeder, byggevareforretninger, industrimarkedet og elektromarkedet. Produkt- og tjenestespekteret omfatter mekaniske låssystemer og elektronisk adgangskontroll.

23. Assa Abloy har et forhandlerkonsept for mekaniske låssystemer, TrioVing Sikkerhetssenter («TVSS»), som en forhandler kan få status som partner i. En TVSS-partner har rett til å benytte varemerket «TrioVing Sikkerhetssenter» som en kvalitetsbetegnelse på sin butikk og utsalgssted. Partneren inngår da i et samarbeid om markedsføring, utprøving og testing av nye produkter. Assa Abloy tilbyr også en lisensavtale («LLS-avtale») som gir forhandleren adgang til selv å kunne designe og bygge låssystemer basert på systemkoder fra Assa Abloy. LLS-avtalen omfatter blant annet rett til å produsere nøkler og låssylindere til dører.

24. En TVSS-partner må ha en LLS-avtale i tillegg til en TVSS-avtale, men en forhandler kan ha en LLS-avtale uten å være TVSS-partner. En forhandler kan også kjøpe låssystemer som er designet og ferdig bygget av Assa Abloy uten LLS-avtale, og en låsesmed kan ved service/etterarbeider kjøpe nødvendige tjenester og komponenter fra Assa Abloy uten egen serviceavtale.

25. I perioden 2017 til 2019 hadde Låssenteret TVSS-avtale og LLS-avtaler med Assa Abloy. Den 2. desember 2019 sa Assa Abloy opp TVSS-samarbeidet med Låssenteret. Oppsigelsestiden for TVSS-avtalen var seks måneder. Den 25. september 2020 sa Assa Abloy opp LLS-avtalene med Låssenteret. Låssenteret bestrider rettmessigheten av disse oppsigelsene.

26. Assa Abloy har tilbudt Låssenteret lisens for etterbehandling av låssystemene i forhandlerens låssystemarkiv. Basert på slik avtale har Låssenteret kunnet utføre vedlikehold ved å erstatte ulike komponenter, men Låssenteret har måttet kjøpe ferdige produkter ved installering av nye låssystemer eller utvidelser av eksisterende systemer. Låssenteret anfører at selskapet ikke mottar rabatter på linje med TVSS-forhandlere. I 2021 oversendte Assa Abloy forslag til avtale om etterservice til den enkelte lisenstaker før utløpet av deres LLS-avtaler. Det ble diskusjoner om avtaleforslaget. Låssenteret undertegnet avtalen. Låssenteret har anført at avtalen ble signert til tross for uenighet om utkastet, fordi det ville få umiddelbare og drastiske konsekvenser for Låssenteret å stå uten slik avtale.

27. I hovedsøksmålet har Låssenteret anført at Assa Abloy har en dominerende stilling i markedet for mekaniske og elektromekaniske låser/låssystemer og i ettermarkedene for salg av reservedeler til slike systemer, inkludert vedlikehold, utvidelser mv., og at

misbruket kan ha virkninger i installasjonsmarkedet. Ifølge anmodningen er tvisten grenseoverskridende i den forstand at både Assa Abloy og Låssenteret opererer i EØS-området. Partene er uenige om hvordan markedet skal defineres, både når det gjelder produktmarkedet og geografisk.

28. Låssenteret hevder at Assa Abloy har misbrukt sin dominerende stilling ved å si opp Låssenterets TVSS- og LLS-avtaler på usaklig grunnlag. Låssenteret har også anført at det foreligger misbruk ved at Assa Abloy i etterkant aktivt har medvirket til at Låssenteret er forsøkt presset ut av markedet, blant annet ved at Låssenteret ikke får rabatter som tidligere og ikke får mulighet til å lage komponenter, men i stedet må bestille disse fra Assa Abloy. Låssenteret anfører at dette fører til vesentlige forsinkelser sammenlignet med Låssenterets konkurrenter. Låssenteret anfører videre at Assa Abloy har delt markedssensitiv og konfidensiell informasjon med Låssenterets konkurrenter, forfordelt Låssenteret i produksjonskapasitet og logistiske spørsmål og snakket negativt om Låssenteret til potensielle kunder. Låssenteret mener at selskapet derved er blitt avskåret fra å inngi konkurransedyktige tilbud om utvidelser og/eller vedlikehold av allerede installerte Assa Abloy-systemer hos egne kunder og andre. Låssenterets hevder at misbruket er egnet til å begrense konkurransen.

29. Assa Abloy anfører at selskapet ikke har noen dominerende stilling i noe marked og at det ikke er blitt fremlagt bevis for det motsatte. Subsidiært bestrider Assa Abloy at det foreligger misbruk av en dominerende stilling. De har ikke anvendt ulike vilkår for tilsvarende situasjoner og har dermed ikke gitt Låssenteret en konkurranseulempe. Det er vist til at oppsigelsene var saklige og rettmessige. Endringene i rabattordningen må ses i sammenheng med oppsigelsen av LLS-avtalen. Assa Abloy hevder det ikke er holdepunkter for at Låssenteret stenges ute fra markedet.

30. Kravene om bevisstilgang som hovedsaken gjelder, og som anmodningen til EFTA-domstolen gjelder, er gruppert og beskrevet av Follo og Nordre Østfold tingrett på følgende måte:

Provokasjonene nummer 5 til 8, som senere er formulert som en samlet provokasjon, gjelder interne dokumenter og korrespondanse om Assa Abloys markedsposisjon i Norge og Europa innenfor markeder som indirekte eller direkte gjelder en eller flere av kategoriene låser, låssystemer, komponenter, uavhengig av om disse er mekaniske, elektromekaniske eller elektriske, i perioden 1. desember 2019 til 31. desember 2022. I provokasjon nummer 14 bes det om alle markedsanalyser, strategidokumenter eller andre interne dokumenter som beskriver Assa Abloys stilling i Norge i markedet for elektromekaniske låssystemer, mekaniske låssystemer eller grossistsalg av reservedeler. Provokasjon nummer 13 gjelder markedsanalyser, strategidokumenter eller andre interne dokumenter som beskriver Assa Abloys stilling i det norske markedet i perioden 2019 til 22. desember 2022.

Provokasjonene nummer 9 og 10 gjelder henholdsvis avtaler mellom Assa Abloy og Certego AS knyttet til mekaniske og elektromekaniske låssystemer i Norge i perioden 2019 til 2022, herunder TVSS- og lisensavtaler med priser og detaljert liste over oppnådde priser for salg av elektromekaniske og mekaniske låssystemer til Certego AS i perioden 2019 til 2022. I provokasjon nummer 11 og 12 er det bedt om navn på Assa Abloys 10 største kunder målt i verdi for hvert år i perioden 2019 til 2022, og alle rabattmatriser som er brukt overfor disse 10 største kundene. I provokasjon nummer 15 er det bedt om all skriftlig intern korrespondanse som vedrører kvantumsrabatt eller andre prisreduksjoner relatert til volum/mengde av kjøpte varer i perioden 2019 til 2022 til eller fra nærmere bestemte personer i Assa Abloy. Provokasjon nummer 16 gjelder liste over Assa Abloys 50 største kunder i Norge basert på omsetning, med angivelse av navn og omsetning, eventuelt på konsernbasis hvor det er aktuelt, for årene 2020, 2021 og 2022.

Låssenterets provokasjon nummer 17 gjelder informasjon om markedsavgrensning som Assa Abloy eller selskaper i samme konsern har anført i andre saker for domstolene og konkurransemyndighetene i saker hvor dette var aktuelt i perioden 2017 til 2022.

31. Ifølge anmodningen er partene enige om, og det synes heller ikke tvilsomt, at bevisene som søkes fremlagt, inneholder forretningshemmeligheter. Låssenteret har anført at det innenfor rammene av tvisteloven kan etableres et konfidensialitetsregime slik at bevis inneholdende forretningshemmeligheter likevel kan fremlegges. Det er foreslått tre alternative innretninger for et slikt regime: 1) Et konfidensialitetsregime hvor Assa Abloy, retten, prosessfullmektiger og de sakkyndige har tilgang til dokumenter som anses som Assa Abloys forretningshemmeligheter, men ikke Låssenteret som part; 2) Et konfidensialitetsregime hvor Assa Abloy, retten, prosessfullmektiger og de sakkyndige har tilgang til dokumenter som anses som Assa Abloys forretningshemmeligheter, men hvor Låssenterets rettigheter i den forbindelse ivaretas av en person som ikke har kommersielle funksjoner (Låssenteret har foreslått selskapets IT-direktør), og som pålegges taushetsplikt; 3) Fremleggelse for lukkede dører og taushetsplikt for de tilstedeværende («in camera»), både med og uten partsrepresentant (hvis partene får tilgang, vil det være med samme straffesanksjonerte pålegg om taushetsplikt).

32. Ifølge anmodningen knytter den EØS-rettslige tolkningstvilen i den foreliggende bevisstilgangssaken seg, for det første, til det materielle anvendelsesområdet for *lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven)* som implementerer direktiv 2016/943. Tvisteloven § 22-23 tredje og fjerde ledd implementerer artikkel 9 i direktiv 2016/943. Låssenteret anfører at forretningshemmelighetsloven ikke får anvendelse fordi direktiv 2016/943 kun omfatter rettsvister der tvistegenstanden er erverv eller bruk av ervervede forretningshemmeligheter. Dersom direktivet skulle få et videre anvendelsesområdet i norsk rett kan ikke dette lede til en begrensning av bevisstilgangen til

skade for privat håndhevelse av konkurransereglene. Assa Abloy anfører at anvendelsesområdet for direktiv 2016/943 ikke er omtvistet, men at direktivet er gitt et videre anvendelsesområdet i norsk rett enn det som kreves. Spørsmålet gir følgelig ikke opphav til noen EØS-rettslig tolkningstvil. Videre er det uenighet om hvorvidt direktiv 2016/943 artikkel 9 innebærer at partsrepresentanten må være en del av kretsen som gis tilgang til rettsmøter og bevismateriale i et konfidensialitetsregime.

33. Ifølge anmodningen er partene også uenige om hvilken betydning EØS-rettens prinsipper har for tilgangen til bevis i saker som omhandler privat håndhevelse av konkurransereglene i EØS-retten. EU-rettslige bestemmelser som ikke er en del av EØS-avtalen, får i utgangspunktet ikke betydning for norsk sivilprosess, bortsett fra den indirekte betydningen disse kan få gjennom mer generelle prinsipper som lojalitetsplikten og utgangspunktet om at EU- og EØS-rettslige bestemmelser skal tolkes på en ensartet måte. Partene er uenige om effektivitets- og/eller homogenitetsprinsippet medfører at nasjonal prosessrett må tolkes i samsvar med direktiv 2014/104 artikkel 5, selv om dette ikke er del av EØS-avtalen. Det er videre uenighet om effektivitetsprinsippet innebærer at tilgang til forretningshemmeligheter som bevis må kunne fremlegges innenfor rammene av et konfidensialitetsregime.

34. På denne bakgrunn besluttet Eidsivating lagmannsrett 6. juli 2023 å utsette rettergangen og forela EFTA-domstolen ved brev 28. august 2023, registrert ved EFTA-domstolen 31. august 2023, følgende spørsmål:

1. Er det saklige virkeområdet for direktiv 2016/943 begrenset til saker hvor tvistegjensstanden er bruk av ervervede forretningshemmeligheter?

2. Forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 9 nummer 2 siste punktum krever at «[a]ntallet af personer, jf. andet afsnit, litra a) og b), må ikke overstige det, der er nødvendigt for at sikre sagens parter adgang til effektive rettsmidler og til en upartisk domstol, og skal omfatte mindst en fysisk person for hver af sagens parter og de respektive advokater eller andre repræsentanter for sagens parter». Åpner direktivet, til tross for ordlyden, for at en nasjonal domstol kan etablere et konfidensialitetsregime der ikke minst én fysisk person fra hver av sakens parter gis tilgang til bevis som er forretningshemmeligheter og som legges frem i saken?

3. Gir forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 9 nummer 2 siste punktum uttrykk for et generelt EØS-rettslig prinsipp om at en nasjonal domstol ikke kan etablere et konfidensialitetsregime der ikke minst én fysisk person fra hver av sakens parter gis tilgang til bevis som er forretningshemmeligheter og som legges frem i saken?

4. Har det betydning for svaret på ett eller flere av spørsmål 1 til 3 over at forretningshemmelighetene som kreves fremlagt som bevis er konkurransesensitive i forhold til den som krever tilgang til opplysningen?

5. I en sak som gjelder misbruk av dominerende stilling etter EØS-avtalen artikkel 54: Krever EØS-retten, herunder effektivitetsprinsippet eller homogenitetsprinsippet, at en nasjonal domstol skal pålegge den part som det anføres at har misbrukt sin dominerende stilling å fremlegge bevis som er forretningshemmeligheter, uten at domstolen gjør en av avveining av partenes interesser?

6. Innebærer EØS-rettslige prinsipper, herunder effektivitets- eller homogenitetsprinsippet at nasjonal prosessrett må tolkes i samsvar med erstatningsdirektivet (direktiv 2014/104/EU) artikkel 5, selv om dette ikke er innlemmet i EØS-avtalen?

35. Ved brev 3. oktober 2023 anmodet Låssenteret EFTA-domstolen om å revidere den engelske oversettelsen av anmodningen med hensyn til det norske begrepet «forretningshemmelighet». Den 6. oktober ga justissekretæren Assa Abloy anledning til å komme med merknader. Assa Abloy ga sine kommentarer i brev 10. oktober 2023. Justissekretæren skrev til partene 12. oktober 2023 og opplyste at presidenten etter nøye vurdering av begge parteres innlegg hadde besluttet ikke å endre oversettelsen. Disse innleggene vil imidlertid bli en del av saksdokumentene.

IV Skriftlige innlegg

36. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 90 nr. 1 i EFTA-domstolens rettergangsordning er skriftlige innlegg inngitt av:

Låssenteret AS, representert ved advokatene Peter Hallsteinsen og Henrik Nordling,

Assa Abloy Opening Solutions Norway AS, representert ved advokatene Beret Sundet og Simen Skjold Sjøgaard,

EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Claire Simpson, Erlend Møinichen Leonhardsen og Melpo-Menie Joséphidès, som partsrepresentanter, og

Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Julie Samnadda, Paul-John Loewenthal, Sergio Baches Opi og Pedro Caro de Sousa, som partsrepresentanter.

V Fremsatte forslag til svar

Låssenteret AS

37. Låssenteret anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

1. Det saklige virkeområde for direktiv 2016/943 er begrenset til ulovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter og kommer ikke til anvendelse på andre saker for retten, heller ikke saker som knytter seg til EØS-avtalen artikkel 54.

2. Direktiv 2016/943 åpner for etablering av et konfidensialitetsregime som ikke omfatter minst én fysisk person fra hver av sakens parter, såfremt det er gitt avkall på denne rett eller nasjonal lovgivning tillater det. Videre er det opp til den nasjonale domstol å sikre at anvendelsen av artikkel 9 nr. 2 siste punktum ikke fører til at det blir umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve rettigheter som følger av EØS-avtalen, ved at bevistilgang nektes uten en forholdsmessighetsvurdering for hvert av de fremlagte kravene om tilgang.

3. Artikkel 9 nr. 2 siste punktum i direktiv 2016/943 gir ikke uttrykk for et generelt EØS-rettslig prinsipp som er til hinder for at det kan etableres et konfidensialitetsregime der ikke minst én fysisk person fra hver av sakens parter gis tilgang til bevis som er forretningshemmeligheter, og som legges frem i saken.

4. Det er ikke relevant for spørsmål 1 til 3 at forretningshemmelighetene som kreves fremlagt som bevis er konkurransesensitive i forhold til den som krever tilgang til opplysningen. Dersom slike bevis kreves fremlagt, bør nasjonale domstoler ta hensyn til dette når de fastsetter tiltak for å beskytte de konkurransesensitive opplysningene, og begrense tilgangen til slike opplysninger i størst mulig grad, samtidig som de sikrer overholdelse av effektivitetsprinsippet og retten til en rettferdig rettergang.

5. Når en part krever tilgang til relevant bevismateriale for å underbygge sitt standpunkt i en sak som innebærer misbruk av en dominerende stilling etter EØS-avtalen artikkel 54, krever EØS-retten som en regel at den nasjonale domstol pålegger vedkommende part å fremlegge dette bevismaterialet, også om det inneholder forretningshemmeligheter eller andre fortrolige opplysninger. Dersom krav om bevistilgang skal etterkommes, må dette imidlertid baseres på en vurdering i hvert enkelt tilfelle og være forholdsmessig. Det skal sikres at tilgangen til relevante bevis er forholdsmessig ved at det etableres tiltak som i størst mulig grad begrenser fremleggelsen av slike bevis. Uten at det berører

allmennhetens interesser, for eksempel ordningene for lempning av effektivitetshensyn [effectivness leniency programs], kan ikke beskyttelsen av fortrolige opplysninger som sådan veie tyngre enn retten til effektiv håndheving og bevisførsel.

6. Direktiv 2014/104/EU artikkel 5 er et uttrykk for effektivitetsprinsippet, og selv om dette ikke er innlemmet i EØS-avtalen, bør derfor nasjonal prosessrett tolkes i samsvar med denne bestemmelse.

Assa Abloy Opening Solutions Norway AS

38. Assa Abloy anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

1. Det saklige virkeområde for direktiv 2016/943 er ulovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter. Artikkel 9 får anvendelse på rettergang knyttet til ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet.

2. Artikkel 9 nr. 2 siste punktum i direktiv 2016/943 åpner ikke for at en nasjonal domstol kan etablere et konfidensialitetsregime der ikke minst én fysisk person fra hver av sakens parter gis tilgang til bevis som er forretningshemmeligheter, og som legges frem i saken.

3. Artikkel 9 nr. 2 siste punktum i forretningshemmelighetsdirektivet er et uttrykk for det kontradiktoriske prinsipp (som inngår i det grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp og retten til en rettferdig rettergang), som er et generelt EØS-rettslig prinsipp. Hvorvidt og i hvilken grad nasjonale domstoler kan begrense det kontradiktoriske prinsipp i en bestemt sak ved å pålegge tilgang bare for eksterne rådgivere og ikke for en partsrepresentant vil avhenge av hvilke prosedyrer som er fastsatt i nasjonal rett, som det i samsvar med den nasjonale prosessuelle autonomi er opp til EØS-statene å fastsette.

4. Det har betydning for svarene på spørsmål 1 til 3 at forretningshemmelighetene som kreves fremlagt som bevis, er konkurransesensitive i forhold til den som krever tilgang til opplysningen.

5. I en sak som gjelder misbruk av dominerende stilling etter EØS-avtalen artikkel 54, er det ikke et krav etter EØS-retten, herunder effektivitetsprinsippet eller homogenitetsprinsippet, at en nasjonal domstol skal pålegge den part som det anføres at har misbrukt sin dominerende stilling, å fremlegge bevis som er forretningshemmeligheter, uten at domstolen gjør en av avveining av partenes interesser.

6. EØS-rettslige prinsipper, herunder effektivitetsprinsippet eller homogenitetsprinsippet, innebærer ikke at nasjonal prosessrett må tolkes i samsvar med erstatningsdirektivet (direktiv 2014/104/EU) artikkel 5.

ESA

39. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte og om å besvare de tre første spørsmål samlet:

1. Artikkel 1 nr. 1 i direktiv (EU) 2016/943 må tolkes på en slik måte at det saklige virkeområde for direktivet ikke omfatter saker der tvistegjenstanden ikke i seg selv er den ulovlige tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter. Følgelig får direktivet og kravene i dets artikkel 9 nr. 2 ikke anvendelse på en sak som den hovedsaken gjelder. Videre er kravene i nevnte direktiv artikkel 9 nr. 2 ikke uttrykk for et generelt EØS-rettslig prinsipp og kan derfor ikke anvendes på dette subsidiære grunnlag på en sak som den hovedsaken gjelder.

2. En nasjonal domstol kan komme til at forretningshemmeligheter vil være tilstrekkelig beskyttet uten at det er nødvendig at en fysisk person fra hver av partene gis tilgang til disse bevis, såfremt den i tråd med fast rettspraksis har gjort en avveining av interessene til partene i saken, herunder behovet for tilgang til slike bevis for effektivt å kunne fremsette et krav for brudd på konkurransereglene, og den konkurrerende rett til beskyttelse av forretningshemmeligheter.

3. I saker som gjelder misbruk av dominerende stilling etter EØS-avtalen artikkel 54, gir ikke EØS-retten nasjonale domstoler adgang til å pålegge fremleggelse av bevis som inneholder forretningshemmeligheter, uten først å gjøre en avveining av partenes interesser i tråd med fast rettspraksis.

4. EØS-retten krever ikke at nasjonal prosessrett må tolkes i samsvar med direktiv 2014/104/EU artikkel 5, da dette ikke er innlemmet i EØS-avtalen.

Kommisjonen

40. Kommisjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

Spørsmål 1: På bakgrunn av artikkel 1 nr. 1 og artikkel 9 nr. 1 og 2 i direktiv 2016/943 kommer rettsvister som gjelder en annen tvistegjenstand enn ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter, for eksempel saker som gjelder EØS-avtalen artikkel 54 om påstått misbruk av dominerende

stilling, ikke inn under det saklige virkeområde for direktiv 2016/943, selv ikke der det i forbindelse med en slik rettssak eller i forberedelsene av den oppstår tvist om hvorvidt vedkommende domstol bør kreve fremlagt materiale som inneholder forretningshemmeligheter.

Spørsmål 3: *Plikten i artikkel 9 nr. 2 siste punktum i direktiv 2016/943 bør ikke anses som et uttrykk for et generelt EØS-prinsipp.*

Spørsmål 4: *Det har ingen betydning for svarene på spørsmål 1 til 3 at forretningshemmelighetene som kreves fremlagt som bevis, er konkurransesensitive i forhold til den som krever tilgang til opplysningen.*

Spørsmål 5: *I henhold til EØS-retten, herunder effektivitetsprinsippet, skal nasjonale domstoler, når de utøver sin myndighet til å anvende nasjonale regler for retten til tilgang til bevis for personer som mener seg negativt påvirket av et påstått misbruk av dominerende stilling, gjøre en avveining mellom de respektive interesser som taler til fordel for fremleggelse av opplysninger som inneholder forretningshemmeligheter, og interessene som taler til fordel for beskyttelse av disse opplysningenes fortrolighet.*

Spørsmål 6: *Uten at det berører svaret på spørsmål 5, er det, så lenge direktiv 2014/104/EU ikke er innlemmet i EØS-regelverket, ingen plikt for norske domstoler etter EØS-retten til å tolke norsk prosessrett i lys av direktiv 2014/104/EU artikkel 5.*

Bernd Hammermann

Saksforberedende dommer