



E-14/24-14

RETTSMØTERAPPORT

i sak E-14/24

ANMODNING til EFTA-Domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Norges Høyesterett i saken mellom

Elmatica AS

og

Confidee AS og Vidar Olsen,

om tolkningen av direktiv (EU) 2016/943 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling.

I INNLEDNING

1. Ved brev 17. juni 2024, registrert ved EFTA-domstolen 2. juli 2024, fremsatte Norges Høyesterett en anmodning om rådgivende uttalelse i saken den har til behandling mellom Elmatica AS («Elmatica»), som ankende part, og Confidee AS («Confidee») og Vidar Olsen, som ankemotparter.

2. Saken gjelder spørsmål om bevis tilgang for forretningshemmeligheter etter tvisteloven § 22-10 og § 26-7 og utgjør et prosessuelt trinn i et større bakenforliggende søksmål. I bevis tvisten er det særlig reist spørsmål om domstolen som skal avgjøre spørsmålet om bevis tilgang, 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 ifølge anmodningen gjennomfører direktiv (EU) 2016/943 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling. Høyesterett anmoder om en tolkning av EØS-retten for å

få avklart om EØS-retten pålegger nasjonale domstoler som skal avgjøre spørsmål om bevisstilgang, må ha de omtvistede dokumentene «at its disposal» i saker som gjelder forretningshemmeligheter.

II RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-rett

4. 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») (EUT 2016 L 157, s. 1; og EØS-tillegg 2020 nr. 33, s. 480) ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29 mars 2019 (EUT 2020 L 210, s. 76; og norsk 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.

5. Beslutning nr. 91/2019 artikkel 1 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'.»

6. Direktiv 2016/943 betraktning 4, 14, 15, 24, 25 og, i utdrag, betraktning 29 og 30 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 markeds virkemåte og undergraver dets vekstfremmende potensial.

14) Det er viktig å fastsette en ensartet definisjon av begrepet «forretningshemmelighet» uten å begrense gjenstanden som skal beskyttes mot urettmessig tilegnelse. En slik definisjon bør derfor utformes slik at den dekker knowhow, forretningsopplysninger og teknologiske opplysninger i tilfeller der det finnes både en rettmessig interesse i å behandle dem fortrolig, og en berettiget forventning om at fortroligheten bevares. Videre bør slik knowhow eller informasjon ha en faktisk eller potensiell salgsverdi. Slik knowhow eller informasjon bør anses å ha en salgsverdi for eksempel når ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av den vil kunne skade interessene til personen som lovlig kontrollerer den, ved at det undergraver denne personens vitenskapelige og tekniske potensial, forretningsinteresser eller økonomiske interesser, strategiske stilling eller konkurransevne. Definisjonen av forretningshemmeligheter omfatter

ikke uvesentlige opplysninger og erfaring og ferdigheter som arbeidstakere oppnår innenfor rammen av sitt ansettelsesforhold, og den omfatter heller ikke opplysninger som er allment kjent blant eller lett tilgjengelige for personer i kretser der det er vanlig å behandle den aktuelle typen opplysninger.

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.

29) En person kan opprinnelig ha tilegnet seg en forretningshemmelighet i god tro, men på et senere tidspunkt, herunder gjennom melding fra den opprinnelige innehaveren av forretningshemmeligheten, bli gjort oppmerksom på at dennes kunnskap om den aktuelle forretningshemmeligheten kom fra kilder som brukte eller formidlet den relevante forretningshemmeligheten på en ulovlig måte. [...]

30) [...] Dette direktiv bør ikke være til hinder for at medlemsstater i sin nasjonale rett kan fastsette en begrensning av arbeidstakeres erstatningsansvar i tilfeller der de har opptrådt uforsettlig.

7. Direktiv 2016/943 artikkel 1 nr. 1 og 3, 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.

3. Ingen bestemmelse i dette direktiv skal anses som grunnlag for å begrense arbeidstakeres mobilitet. I forbindelse med utøvelsen av slik mobilitet skal dette direktiv særlig ikke danne grunnlag for

a) å begrense arbeidstakeres bruk av opplysninger som ikke utgjør en forretningshemmelighet som definert i artikkel 2 nr. 1,

b) å begrense arbeidstakeres bruk av erfaringer og ferdigheter som de har tilegnet seg på ærlig vis innenfor rammen av sitt ansettelsesforhold,

c) å pålegge ytterligere begrensninger for arbeidstakere i deres arbeidsavtaler ut over de begrensningene som pålegges i samsvar med unionsretten eller nasjonal rett.

8. Direktiv 2016/943 artikkel 2, med overskriften «Definisjoner», lyder:

I dette direktiv menes med

«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.*

9. Direktiv 2016/943 artikkel 3, 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.

10. Direktiv 2016/943 artikkel 4, 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.

11. Direktiv 2016/943 artikkel 6, med overskriften «Alminnelig forpliktelse», lyder:

1. Medlemsstatene skal tilby de tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er nødvendige for å sikre at det finnes tilgjengelige sivilrettslige rettsmidler mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter.

2. Tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene nevnt i nr. 1 skal

a) være rimelige og rettferdige,

b) ikke være unødig kompliserte eller kostbare eller medføre urimelige frister eller uberettigede forsinkelser, og

c) være virkningsfulle og virke avskrekkende.

12. Direktiv 2016/943 artikkel 7, med overskriften «Forholdsmessighet og misbruk av prosess», lyder:

1. De tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er fastsatt i dette direktiv, skal anvendes på en måte som

a) står i rimelig forhold til målet,

b) unngår at det skapes hindringer for lovlig handel i det indre marked, og

c) omfatter beskyttelsestiltak mot misbruk av dem.

2. Medlemsstatene skal sikre at vedkommende rettsmyndigheter på begjæring fra saksøkte kan anvende egnede tiltak som fastsatt i nasjonal rett, når et søksmål som gjelder ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet, er åpenbart grunnløst og det viser seg at saksøkeren har innledet rettergangen utilbørlig eller i ond tro. Slike tiltak kan eventuelt omfatte at saksøkte får skadeserstatning, at saksøkeren ilegges sanksjoner eller at det utstedes påbud om spredning av opplysninger om en avgjørelse som omhandlet i artikkel 15.

Medlemsstatene kan fastsette at tiltakene nevnt i første ledd skal behandles i en separat rettergang.

13. Direktiv 2016/943 artikkel 9, 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. Kapittel III avsnitt 2 i direktiv 2016/943, med overskriften «Midlertidige og forebyggende tiltak», inneholder artikkel 10 og 11.

15. Direktiv 2016/943 artikkel 10, med overskriften «Midlertidige og forebyggende tiltak», lyder:

1. Medlemsstatene skal sikre at vedkommende rettsmyndigheter, på begjæring fra en innehaver av en forretningshemmelighet, kan vedta følgende midlertidige og forebyggende tiltak mot den påståtte inngriperen:

a) Opphør av eller, alt etter omstendighetene, forbud mot bruk eller formidling av forretningshemmeligheten på midlertidig grunnlag.

b) Forbud mot å produsere, tilby for salg, bringe i omsetning eller bruke varer som gjør inngrep, eller mot å importere, eksportere eller lagre slike varer for disse formålene.

c) Beslaglegging eller utlevering av varene som mistenkes for å gjøre inngrep, herunder importerte varer, for å hindre at de blir innført eller omsatt på markedet.

2. Medlemsstatene skal sikre at rettsmyndighetene, som et alternativ til tiltakene nevnt i nr. 1, som vilkår for at den påståtte ulovlige bruken av en forretningshemmelighet skal kunne fortsette, kan kreve at det stilles garantier for

å sikre erstatning til innehaveren av forretningshemmeligheten. Det skal ikke være tillatt å formidle en forretningshemmelighet mot at det stilles garantier.

16. Direktiv 2016/943 artikkel 11 nr. 1, med overskriften «Anvendelsesvilkår og beskyttelsestiltak», lyder:

1. Medlemsstatene skal sikre at vedkommende rettsmyndigheter, med hensyn til tiltakene nevnt i artikkel 10, har myndighet til å kreve at saksøkeren framlegger beviser som med rimelighet kan anses å være tilgjengelige, slik at de med en tilstrekkelig grad av sikkerhet kan fastslå at

a) det foreligger en forretningshemmelighet,

b) saksøkeren er innehaveren av forretningshemmeligheten, og

c) forretningshemmeligheten har blitt ulovlig tilegnet, brukt eller formidlet, eller at ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten er nært forestående.

17. Direktiv 2016/943 artikkel 14 nr. 1, med overskriften «Skadeserstatning», lyder:

1. Medlemsstatene skal sikre at vedkommende rettsmyndigheter, på begjæring fra skadelidte, pålegger inngripere som visste eller burde ha visst at de deltok i ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet, å betale innehaveren av forretningshemmeligheten en skadeserstatning som står i et rimelig forhold til den faktiske skaden som er påført som følge av den ulovlige tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten.

Medlemsstatene kan begrense arbeidstakers erstatningsansvar overfor sine arbeidsgivere for ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av arbeidsgiverens forretningshemmelighet i tilfeller der de opptrer uforsettlig.

Nasjonal rett¹

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

19. Tvisteloven § 21-3 første ledd lyder:

¹ Alle engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle.

(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.

20. Ifølge anmodningen følger det av tvisteloven § 21-4 første ledd at partene har plikt til å tilby bevis som de har hånd om, og som er nødvendige for at saken blir riktig og fullstendig opplyst. Det finnes imidlertid lovfestede unntak fra disse generelle utgangspunktene og ett av disse finnes i tvisteloven § 22-10.

21. 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.

22. Ifølge anmodningen følger det av bestemmelsens første punktum at en part eller et vitne kan 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 som inneholder 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.

23. 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

24. Den 29. mars 2023 gikk Elmatica til søksmål mot Confidee og Vidar Olsen. Olsen 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 Olsen og Confidee har brutt lojalitetsplikten i arbeidsforhold, generalklausulen om god forretningsskikk samt forretningshemmelighetsloven. Olsen og Confidee bestrider dette.

25. 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.

26. Den 25. september 2023 avviste Oslo tingrett Elmaticas krav om å få fremlagt søknaden om SkatteFUNN. Elmatica anket kjennelsen til Borgarting lagmannsrett for så vidt gjelder kravet om fremleggelse av nevnte søknad.

27. Den 8. januar 2024 forkastet Borgarting lagmannsrett Elmaticas anke. Verken Oslo tingrett eller Borgarting lagmannsrett innhentet det omtvistede dokumentet før de behandlet spørsmålet om fremleggelse.

28. Elmatica anket til Norges Høyesterett 23. januar 2024. Det er prinsipalt anket over rettsanvendelsen, subsidiært lovtolkningen. Slik saken står for Høyesterett, gjelder den kun fremleggelse av SkatteFUNN-søknaden.

29. Ifølge anmodningen sier tvisteloven § 22-10 ingenting om domstolens fremgangsmåte i avveiningen. I avgjørelse 4. oktober 2023 (HR-2023-1857-U) slo Høyesteretts ankeutvalg fast at domstolene har en rett, men ingen plikt til å kreve bevisene utlevert i forbindelse med avveiningen under tvisteloven § 22-10. Som det fremgår av anmodningen, er adgangen til slik utlevering hjemlet i tvisteloven § 26-7.

30. I anmodningen viser den anmodende domstol til at Høyesteretts ankeutvalg i HR-2023-1857-U avsnitt 13 uttalte følgende om tvisteloven § 26-7:

«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 bevisstilgang 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.»

31. Ifølge den anmodende domstol, slo Høyesteretts ankeutvalg i HR-2023-1857-U avsnitt 15–17 videre fast:

«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.»

32. Den anmodende domstol bemerker videre at rettsstilstanden etter tvistelovens bestemmelser dermed er at domstolen har en rett, men ikke en plikt, til å innhente det omtvistede dokumentet før den foretar avveiningen som tvisteloven § 22-10 legger opp til.

33. Ifølge anmodningen ble tvisteloven § 22-10 endret i forbindelse med vedtakelsen av forretningshemmelighetsloven, som gjennomførte direktiv 2016/943. I henhold til bestemmelsens forarbeider medførte ikke gjennomføringen av direktivet noen endring av bevisfritakets rekkevidde, men bestemmelsens formulering ble modernisert i tråd med forretningshemmelighetsloven.

34. Den anmodende domstol påpeker at EU-domstolens dom 7. september 2021 i sak C-927/19 *Klaipėdos regiono*, som gjaldt offentlige anskaffelser, i anken er fremhevet som sentral. For den anmodende domstol oppstår spørsmål om uttalelsene i dommen har overføringsverdi til bevisvister i saker om håndhevelse av forretningshemmeligheter, og følgelig avklarer om nasjonale domstoler har plikt til å innhente omtvistede bevis som kan inneholde beskyttede forretningshemmeligheter, for å vurdere om disse bevisene skal kreves fremlagt.

35. Ved brev 17. juni 2024, registrert ved EFTA-domstolen 2. juli 2024, anmodet Norges Høyesterett EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om følgende spørsmål:

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?**

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:

- Elmatica, representert ved advokatene Rajvinder Singh Bains og Ketil Sellæg Ramberg,
- Confidee og Vidar Olsen, representert ved advokatene Hallvard Gilje Aarseth og Siri Nyhus Kolbjørnsen,
- den norske stat, representert ved Emil Moss Skjelland og Fredrik Bergsjø, som partsrepresentanter,
- EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Claire Simpson, Erlend Møinichen Leonhardsen og Melpo-Menie Joséphidès, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommissjonen»), representert ved Jan Szczodrowski og Julie Samnadda, som partsrepresentanter.

V FREMSATTE FORSLAG TIL SVAR

Elmatica

37. Elmatica anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

1. EØS-retten krever at nasjonale domstoler foretar en avveining av den ene partens rett til håndhevelse av påberopte forretningshemmeligheter, mot den andre partens rett til beskyttelse av sine påberopte forretningshemmeligheter i saker om håndhevelse forretningshemmeligheter. En slik avveining må ta hensyn til informasjonsasymmetrien og sikre at rettighetene som en rettmessig innehaver av forretningshemmeligheter har etter forretningshemmelighetsdirektivet, ikke blir uten praktisk betydning.

2. For forretningshemmelighetsdirektivets formål, hvor en part i en tvist kan kreve begrensninger i tilgangen til bevis med påstand om at de kan inneholde forretningshemmeligheter, oppstiller EØS-retten en plikt for nasjonale domstoler til å innhente og gjennomgå de aktuelle bevisene. Når bevisene er mottatt, skal den nasjonale domstolen, med mindre det er strengt nødvendig at bevisene ikke fremlegges, fastsette et forsvarlig konfidensialitetsregime som ivaretar begge parters interesser.

Confidee og Vidar Olsen

38. Confidee og Olsen anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

1. Ved tvister om bevis tilgang i saker om håndhevelse av forretningshemmeligheter krever EØS-retten at nasjonale domstoler 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. Det er forenlig med direktiv 2016/943 om beskyttelse av fortrolig knowhow og forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling at de nasjonale domstolene i tvister om fremleggelse av bevis som kan inneholde forretningshemmeligheter, har en skjønnsmessig adgang til å innhente de aktuelle bevisene i de tilfellene hvor de anser det som nødvendig for å kunne foreta en forsvarlig vurdering av om beviset skal kreves fremlagt.

Den norske stat

39. Den norske stat anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

1. Ved vurderingen av om omtvistede bevis skal føres i rettergangen i saker om håndhevelse av forretningshemmeligheter, krever EØS-retten at den ene partens rett til håndhevelse av påberopte forretningshemmeligheter avveies

mot den andre partens rett til beskyttelse av sine påberopte forretningshemmeligheter.

2. Nasjonale domstoler har ikke plikt til å innhente og gjennomgå alle bevis som påberopes av partene, og som eventuelt inneholder forretningshemmeligheter. De må imidlertid innhente og gjennomgå bevisene i nødvendig utstrekning for å kunne foreta en forsvarlig avveining av interessene som angitt i svaret på spørsmål 1 og i samsvar med relevant EØS-rett, herunder effektivitetsprinsippet og retten til et effektivt rettsmiddel.

ESA

40. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

1. Ved tvister om bevis tilgang i saker om håndhevelse av forretningshemmeligheter krever EØS-retten at nasjonale domstoler foretar en avveining i den enkelte sak av den ene partens rett til håndhevelse av påberopte forretningshemmeligheter, mot den andre partens rett til beskyttelse av sine påberopte forretningshemmeligheter.

2. I slike saker er det tilstrekkelig at nasjonale domstoler kan innhente og gjennomgå de aktuelle bevisene dersom de anser det som nødvendig for å foreta en forsvarlig vurdering av om bevisene skal fremlegges, forutsatt at skjønnnet i ethvert tilfelle utøves i samsvar med EØS-rettens generelle prinsipper, særlig retten til effektive rettsmidler og til effektiv rettslig beskyttelse.

Kommisjonen

41. Kommisjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

1. I tvister om håndhevelse av forretningshemmeligheter og bevis tilgang må EØS-retten tolkes slik at nasjonale domstoler må veie de respektive beskyttede interessene i den enkelte sak opp mot hverandre for å sikre en balanse mellom kravene til effektiv rettslig beskyttelse eller hensynet til en behørig undersøkelse av kravets materielle innhold og beskyttelse av forretningshemmeligheten.

2. I den forbindelse har den nasjonale domstolen etter EØS-retten ingen plikt til å innhente og gjennomgå omtvistede bevis som kan inneholde forretningshemmeligheter, for å vurdere om disse bevisene skal føres i saken.

Metoden for og omfanget av fremleggelsen beror på de nasjonale domstolenes avveining av de beskyttede interessene i den enkelte sak opp, der de nasjonale domstolene har en skjønnsmessig adgang til å innhente de aktuelle bevisene i de tilfellene hvor de anser det som nødvendig for å kunne foreta en forsvarlig vurdering av om beviset skal kreves fremlagt.

Bernd Hammermann

Saksforberedende dommer