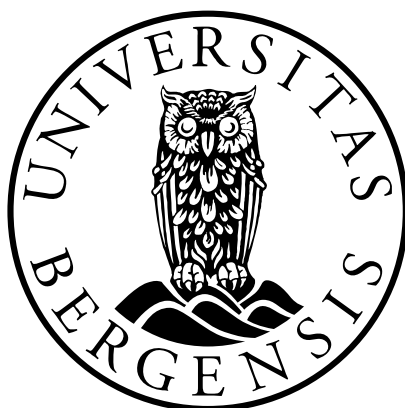


# Forretningshemmeligheter ved offentlige anskaffelser

*Forretningshemmelighetslovens indirekte betydning for innsyn ved offentlige  
anskaffelser*

Kandidatnummer: 178

Antall ord: 12 774



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2021

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Introduksjon .....	2
1.1 Problemstilling og aktualitet .....	2
1.2 Rettslig utgangspunkt for innsynsretten etter norsk rett .....	5
1.3 Metode og rettskilder .....	7
1.4 Eksisterer det en generell innsynsrett for leverandører i offentlige anskaffelser etter EU/EØS-retten? .....	8
1.5 Fremstillingen videre .....	10
2 Forretningshemmelighetslovens posisjon ved offentlige anskaffelser .....	11
2.1 Introduksjon og problemstilling.....	11
2.1.1 Vernet etter artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU .....	11
2.1.2 Nærmere om vilkårene etter artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU .....	13
2.2 Definisjon av forretningshemmeligheter gitt i direktiv 2016/943/EU.....	15
2.3 Oppsummering og konsekvenser for norsk rett .....	18
3 Deltagernes innsynsrett til forretningsopplysninger utenfor saksgang .....	20
3.1 Introduksjon og problemstilling.....	20
3.2 Rekkevidden av forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4.....	20
3.2.1 Et krav til opplysningens art? .....	21
3.2.2 Opplysningens virkning: «konkurransmessig betydning å hemmeligholde» .....	25
3.2.3 Et krav om beskyttelsestiltak? .....	27
3.2.4 Krav til bedriften.....	31
3.3 Er opplysningstypen pris omfattet av taushetsplikten .....	32
3.3.1 Introduksjon .....	32
3.3.2 Vurderingen eksemplifisert gjennom opplysningstypen pris .....	33
4 Oppsummering og avsluttende betraktninger .....	37
5 Litteraturliste.....	39

# 1 Introduksjon

## 1.1 Problemstilling og aktualitet

Temaet for masteroppgaven er innsynsrettens omfang og grenser i offentlige anskaffelser, herunder særlig hvilken betydning den nye loven om forretningshemmeligheter<sup>1</sup> § 2 kan få for innsynsretten etter forvaltningsloven<sup>2</sup> § 13 (1) nr. 2, jf. forskrift om offentlige anskaffelser<sup>3</sup> § 7-4. Hverken forvaltningsloven eller forretningshemmelighetsloven tar stilling til forholdet mellom dem. Problemstillingen er ikke kommentert i Høyesterett eller omtalt i den juridiske litteraturen. Rettstilstanden må derfor anses som usikker.

Ettersom norsk rett ikke har tatt stilling til forholdet mellom bestemmelsene, må det ses til bakgrunnsretten som stammer fra EU-regelverket.<sup>4</sup> Det presiseres at direktiv 2016/943/EU som sådan ikke får direkte anvendelse ved offentlige anskaffelser, jf. artikkel 1 nr. 2 bokstav c. Som utgangspunkt tilsier dette at heller ikke den norske gjennomføringen av direktivet gjennom forretningshemmelighetsloven kan få direkte betydning for offentlige anskaffelser. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om ikke artikkel 2 i direktiv 2016/943 langt på vei «bare» kodifiserer og presiserer et alminnelig EU-rettslig «prinsipp» om beskyttelse av forretningshemmeligheter, og derfor indirekte likevel kan få betydning også for innsynsvurderinger knyttet til offentlige anskaffelser. Denne problemstillingen blir behandlet i kapittel 2.

Hovedformålet med regelverket om offentlige anskaffelser er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser.<sup>5</sup> Offentlig sektor kjøper inn varer og tjenester for om lag 520 milliarder kroner årlig.<sup>6</sup> Dermed utgjør det offentliges innkjøp av varer, tjenester eller bygg og anleggstjenester en vesentlig markedsaktør som bidrar til å utvikle et konkurransedyktig næringsliv.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> LOV-2020-03-27-15 Forretningshemmelighetsloven. Forretningshemmelighetsloven gjennomfører forretningshemmelighetsdirektivet 2016/943/EU.

<sup>2</sup> LOV-1967-02-10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven - fvl.).

<sup>3</sup> FOR-2016-08-12-974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften – FOA).

<sup>4</sup> LOV-2016-06-17-73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven – LOA) med tilhørende forskrifter gjennomfører anskaffelsesdirektivet 2014/24/EU.

<sup>5</sup> Se LOA § 1.

<sup>6</sup> Regjeringen: <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser/id2511781/> (Lesedato 4.01.2020).

<sup>7</sup> Goller (2017) s. 15.

Det sentrale virkemiddelet for å nå formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser, er størst mulig grad av konkurranse rundt offentlige oppgaver.<sup>8</sup> Det er først og fremst gjennom offentlige konkurranser det offentlige får tilgang til diverse forretningshemmeligheter fra private aktører i markedet. I denne forbindelse er det særlig to hensyn som står mot hverandre. På den ene siden må private aktører få beskyttet sine forretningshemmeligheter når de deltar i offentlige konkurranser. EU-domstolen har påpekt at private aktører må kunne innrette seg i tillit til det offentlige, og at det offentlige ikke misbruker informasjonen som utveksles i et anskaffelses- og et senere avtaleforhold.<sup>9</sup> De private aktørene må med andre ord være trygge på at deres drifts- og forretningshemmeligheter ikke offentliggjøres eller blir utlevert til deres konkurrenter. På den andre siden står offentlighetsprinsippet.<sup>10</sup> Prinsippet tilsier at allmennheten skal ha adgang til forvaltningens saksdokumenter med mindre det foreligger hjemmel for å unnta dokumentet fra innsyn.<sup>11</sup> Innsynsretten gir dermed allmennheten adgang til å ta opp kritikkverdige forhold om det offentliges bruk av de felles midler, og er derfor et viktig prinsipp i norsk rett.<sup>12</sup> Innsynsinstituttet er med dette et sentralt demokratisk prinsipp og bidrar til å skape en informert samfunnsdebatt.<sup>13</sup> Innsyn i forvaltningens beslutningsgrunnlag skal dessuten bidra til å hindre korrupsjon, forhindre konkurransemessig kameraderi og forsikre at en forsvarlig saksbehandling har funnet sted.<sup>14</sup>

Det er først og fremst deltagerne i offentlige anskaffelser som vil ha et særlig insentiv til å kontrollere at konkurransen blir gjennomført i henhold til regelverket. De vil ha en økonomisk interesse i å overprøve oppdragsgivers vurdering, enten ved å påvirke evalueringen til sin favør eller ved en eventuell erstatning for den negative/positive kontraktsinteressen.<sup>15</sup> For at en slik overprøving skal ha praktisk betydning må leverandørene ha tilgang til beslutningsgrunnlaget fra oppdragsgiver. På denne måten kan leverandørene forsikre seg om at de forhåndsgitte tildelingskriteriene faktisk blir fulgt av oppdragsgiver i evalueringsprosessen.<sup>16</sup> Uten innsynsmuligheten risikerer man at overprøvingen blir

---

<sup>8</sup> Se fortalen i direktiv 2014/24/EU avsnitt 1.

<sup>9</sup> C-450/06 *Varec* avsnitt 36.

<sup>10</sup> LOV-1814-05-17 Kongeriket Noregs grunnlov (Grunnloven – Grl.) § 100 (5).

<sup>11</sup> LOV-1814-05-17 Kongeriket Noregs grunnlov (Grunnloven – Grl.) § 100 (5).

<sup>12</sup> Se offentliglova § 1 og Eckhoff & Smith (2014) s. 220.

<sup>13</sup> Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) s. 24-25.

<sup>14</sup> Se NOU 2003:30 s. 195 og Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) s. 72.

<sup>15</sup> Se LOA § 10 og §13.

<sup>16</sup> FOA § 8-11 og § 18-1 (1).

mangelfull og at leverandørene ikke får håndheve de rettigheter som er gitt dem i lov eller forskrift.

Videre er det ikke slikt at innsynsretten utelukkende er positiv for konkurransen. En for stor grad av transparens rundt kontraktene kan medføre at det offentlige legger til rette for anbuds- og kartellsamarbeid rundt kontraktene.<sup>17</sup> For eksempel kan offentlighet rundt prisene og innsyn i konkurrentens prisstrategi gjøre det enklere for konkurrenter i markedet å samarbeide om å øke eller senke prisene i egne tilbud.<sup>18</sup> Slikt samarbeid eller «kartellvirksomhet» er lagt til grunn i konkurranseretten som en av de klareste konkurransebegrensende atferdene.<sup>19</sup> Dessuten kan en for stor grad av gjennomsiktighet skade næringslivet ved at større bedrifter lettere kan utkonkurrere mindre eller lokale virksomheter. En for stor grad av transparens kan med andre ord redusere formålet ved offentlige anskaffelser - nemlig effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Innsynsretten har derfor som en konsekvens en ikke-ubetydelig praktisk side til det offentliges mulighet til effektiv saksbehandling. I praksis oppstår problematikken i forbindelse med innsynsbegjæringer, hvor det gjerne bes om innsyn i alle opplysninger i øvrige innkomne tilbud. Innkjøpernes arbeidsbelastning er høy, og det er lite tvil om at vurderingene som er tilknyttet innsynsbegjæringer tidvis er meget tidkrevende og kompliserte for offentlige innkjøpere.<sup>20</sup>

Temaet befinner seg med dette i skjæringspunktet mellom hensynet til allmennhetens innsynsrett, og hensynet til privates forretningsmessige interesser hos leverandørene som leverer tilbud i henhold til regelverket. Avhandlingen skal belyse hvordan disse problemstillingene er løst gjennom regelverket ved offentlige anskaffelser, og hvorvidt regelverket blir påvirket av den nye definisjonen av forretningshemmeligheter gitt i forretningshemmelighetsloven § 2.

---

<sup>17</sup> Sml. Commission decision of 10. December 2003, *Organic peroxides*. Se også Whish & Bailey (2018) s. 527-628.

<sup>18</sup> Slikt samarbeid er som hovedregel forbudt etter Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger § 10.

<sup>19</sup> Whish & Bailey (2018) s. 520-522.

<sup>20</sup> Hovland, [Innsynskrav: Ingen lysning i sikte for innkjøpernes arbeidspress](#), 1 oktober 2020. (lesedato 2. februar 2021).

## 1.2 Rettslig utgangspunkt for innsynsretten etter norsk rett

Deltagernes rett til å kreve innsyn ved offentlige anskaffelse reguleres av to parallelle regelsett. Hvilke regelsett som kommer til anvendelse, beror på om innsynsretten er krevd i eller utenfor saksgang. Utenfor saksgang følger leverandørene innsynsrett av offentlighetsprinsippet som gir den enkelte rett til å gjøre seg kjent med opplysninger i offentlige og private dokumenter. Prinsippet ble grunnlovfestet i 2004 gjennom Grunnloven § 100 (5). Av grunnlovsbestemmelsen kommer det frem at:

*«Alle har rett til innsyn i dokumenta til staten og kommunane og til å følge forhandlingane i rettsmøte og folkevalde organ. Det kan i lov setjast grenser for denne retten av omsyn til personvern og av andre tungtvegande grunnar».*

Bestemmelsen må ses i sammenheng med andre regler om offentlighet hvor blant annet offentleglova<sup>21</sup> § 3 står sentralt. Bestemmelsene utgjør den alminnelige innsynsretten utenfor saksgang etter norsk rett. Det følger av FOA § 7-3 at offentleglova gjelder for «allmennhetens innsyn i dokumentene» ved offentlige anskaffelser. FOA § 7-3 må tolkes slik at spørsmål om innsyn skal avgjøres etter reglene i offentleglova og lovens begrensinger tilknyttet hvem som er omfattet av loven.<sup>22</sup> Den alminnelige innsynsretten er imidlertid begrenset av taushetspliktreglene, jf. offentleglova § 13. Det rettslige utgangspunktet for taushetsplikten ved offentlige anskaffelser følger av FOA § 7-4. FOA § 7-4 er en henvisningsbestemmelse som henviser til forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 og gjelder uavhengig om oppdragsgiveren er omfattet av forvaltningsloven § 1.

Prinsippet om etterprøvbarehet er i tillegg et av de sentrale hensynene bak regelverket for offentlige anskaffelser, jf. LOA § 4. Ved å gi allmennheten adgang til innsyn i offentlige dokumenter vil dette resultere i en høyere grad av sikkerhet for at utenforliggende hensyn ikke har påvirket konkurransen. Prinsippet om gjennomsiktighet står dessuten sentralt i denne sammenheng for å unngå korrupsjon og sikre at rettighetene til leverandørene som deltar i

---

<sup>21</sup> LOV-2006-05-19-16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova).

<sup>22</sup> Se KOFA sine avgjørelser i 2011/105 (Stiftelsen Norsk Institutt for Naturforskning) avsnitt 56 og 2017/78 (Seabed Solutions) avsnitt 60.

offentlige konkurransen blir overholdt.<sup>23</sup> Prinsippene må ses i sammenheng med oppdragsgivernes begrunnelsesplikt etter anskaffelsesforskriften § 10-1 og § 25-1.

Hovedregelen for hva som anses som offentlig følger av offentleglova § 3 første punktum. Av bestemmelsen fremgår det at:

*«[s]aksdokument, journalar og liknande register for organet er opne for innsyn dersom ikkje anna følgjer av lov eller forskrift med heimel i lov».*

Bestemmelsen medfører at alle dokumenter tilknyttet en anskaffelsesprosess vil regnes som offentlige, med mindre det foreligger hjemmel for å nekte innsyn. En av mange mulige hjemler er offentleglova § 23 (3) som fastsetter at tilbud og protokoller tilknyttet en anskaffelse kan unntas fra offentlighet frem til tildeling har funnet sted.<sup>24</sup> Når tildelingen har funnet sted skal disse opplysningene som hovedregel gis innsyn i, med mindre annet kommer frem av lov eller forskrift.

For offentlige anskaffelser følger unntaksregelen for innsyn som nevnt av forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4, jf. offentleglova § 13 (1) nr. 2. Av bestemmelsen fremgår det at oppdragsgiver har taushetsplikt for de opplysninger som anses som forretningshemmeligheter. Bestemmelsens formål er å verne tilbyders interesser slikt at opplysninger som har betydning for konkurranseforholdet i markedet ikke blir gjort kjent for andre.<sup>25</sup> Dette er opplysninger som etter en konkret vurdering kan medføre et økonomisk tap eller skade for leverandøren dersom opplysningene blir gjort tilgjengelig for konkurrentene. Det er viktig å presisere at taushetsplikten er et unntak fra offentlighetsprinsippet, og leder kun til at selve opplysningen som utgjør en forretningshemmelighet blir sladdet. Opplysninger i dokumentet som ikke anses som forretningshemmeligheter blir derfor ikke sladdet. Hva som utgjør en forretningshemmelighet, må avgjøres konkret i den enkelte anskaffelse.<sup>26</sup>

Forarbeidene til forvaltningsloven presiserer at formålet med bestemmelsen er å hindre spredning av opplysninger som kan påvirke konkurransen mellom markedsaktørene.<sup>27</sup> Etter forarbeidene gjelder dette opplysninger som kan forårsake økonomiske tap dersom

---

<sup>23</sup> Se NOU 2003:30 s. 195 og Ot.prp. nr. 102 (2004–2005) s. 72.

<sup>24</sup> Annet eksempel for nektelse av innsyn, se offentleglova § 14 (1) for interne saksdokumenter.

<sup>25</sup> Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) punkt. 8.4.5.1.

<sup>26</sup> Se Se KOFA sine avgjørelser i 2005/70 avsnitt 28 og KOFA-2008/62 avsnitt 59.

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 4 (1981–1982) Om lov om endringer i lov 19 juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen m.m. s. 34-35.

konkurrerende bedrifter enten direkte eller indirekte får tilgang til opplysningen, og som kan utnytte opplysningen i egen drift.<sup>28</sup> Det er med andre ord konkurransevnen som beskyttes av regelverket. Opplysninger som ikke kan ha en konkurransevridende effekt vil ikke rammes av taushetspliktsregelen.<sup>29</sup>

### 1.3 Metode og rettskilder

Utgangspunkt for avhandlingen er at det vil benyttes alminnelig norsk juridisk metode. I tillegg til lover, forarbeider, forskrifter, rettspraksis og juridisk litteratur, skiller rettsområdet seg fra andre rettsområder ved at også avgjørelser gitt av Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) kan få betydning. KOFA er sammensatt av jurister med særlig kunnskap om anskaffelsesregelverket og som har stor faglig kompetanse på rettsområdet. Det presiseres at nemda sine avgjørelser kun er rådgivende. Det vil si at avgjørelsene ikke har rettslig bindende virkning for partene, i motsetning til en dom i en rettsak. Klagenemdas praksis kan dermed antagelig likestilles med juridisk litteratur.

Anskaffelsesreglene i norsk rett fremgår som nevnt av anskaffelsesloven (LOA) og tilhørende forskrifter.<sup>30</sup> Det følger av EØS-avtalen artikkel 7 bokstav b at EU-direktiver inntatt i avtalens vedlegg skal gjøres til nasjonal rett. Lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter er dermed i hovedsak en implementering av EUs nye anskaffelsesdirektiver.<sup>31</sup> Det er videre forutsatt at norsk rett er i tråd med EU/EØS-retten etter presumsjonsprinsippet.<sup>32</sup> EU-retten står dermed sentralt for tolkningen av de norske anskaffelsesreglene dersom det foreligger tilsvarende bestemmelser eller rettigheter etter EU/EØS-retten. Det må derfor undersøkes om det kan oppstilles en generell innsynsrett etter EU/EØS-retten som påvirker hvordan norsk rett skal forstås.

---

<sup>28</sup> Ot.prp. nr. 4 (1981–1982) Om lov om endringer i lov 19 juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen m.m. s. 34-35.

<sup>29</sup> C-450/06 *Varec* avsnitt 42 og 49.

<sup>30</sup> Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser, forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene, forskrift 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter og forskrift 12. august 2016 nr. 977 om klagenemd for offentlige anskaffelser.

<sup>31</sup> De nye direktivene er 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser (erstattet tidligere 2004/18/EU), nytt direktiv for forsyningssektoren 2014/25/EU av 26. februar 2013 om offentlige kontrakter innenfor tjenestesektorene transport, post, vann og energi og direktiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter.

<sup>32</sup> Rt. 2007 s. 234 avsnitt 54.



Før det undersøkes om det kan oppstilles en generell innsynsrett etter EU/EØS-retten, finner jeg det nødvendig å si noe kort om den EU/EØS-rettslige metoden ved tolkning av EU/EØS-rettsbestemmelser. Ved anvendelse og tolkning av EU/EØS-rettslige regler må en se til hvordan disse tolkes i EU.<sup>33</sup> Metoden skiller seg fra norsk rett ved at metoden i større grad har fokus på formålsrettet og kontekstuell tolkning.<sup>34</sup> Legaldefinisjoner står også sentralt ved tolkingen. Hvis slike legaldefinisjonen ikke eksisterer må en ta utgangspunkt i den naturlige tolkingen av ordlyden.<sup>35</sup> En må dessuten se til sammenhengen bestemmelsene kommer frem i og systematikken i oppsettet, samt tolke bestemmelsen i sammenheng med EU-retten og bakgrunnsretten for øvrig. Dette gjør seg spesielt gjeldende der bestemmelsene er kodifiseringer av generelle EU-rettslige prinsipper.

## **1.4 Eksisterer det en generell innsynsrett for leverandører i offentlige anskaffelser etter EU/EØS-retten?**

Spørsmålet er om det eksisterer en generell innsynsrett for offentlige anskaffelser etter EU/EØS-retten. Direktiv 2014/24/EU oppstiller som utgangspunkt ikke en generell innsynsrett for leverandører i offentlige anskaffelser. Det foreligger heller ikke generelle innsynsregler etter EØS-retten. Etter direktivets artikkel 21 er det unntak for innsyn i konfidensielle opplysninger. Etter artikkel 83 nr. 6 skal det offentlige gi innsyn i «*concluded contracts*» over en gitt sum når ikke annet følger av EU-rettslig eller nasjonal lovgivning. Innsynsretten etter direktivet er med andre ord forholdsvis begrenset.<sup>36</sup> Dette medfører at utgangspunktet for de nærmere innsynsreglene er tilsynelatende tillagt nasjonal rett. Imidlertid kan det spørres om det kan oppstilles en generell innsynsrett ut fra systematikken i det EU-rettslige anskaffelsesregelverket og tilhørende håndhevelsesbestemmelser. Det springende punktet blir om det kan oppstilles en generell innsynsrett for leverandørene i offentlige anskaffelser etter kravet om effektiv håndhevelse i EU/EØS-retten.

Håndhevelse av EU/EØS-rettigheter er i utgangspunktet statens eget ansvar og omtales ofte som prinsippet om prosessuell og organisatorisk autonomi.<sup>37</sup> I fravær av konkrete EØS-

---

<sup>33</sup> Fredriksen og Mathisen (2018) s. 295.

<sup>34</sup> Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 298-299 og sakene C-633/16 *Ernst & Young*, avsnitt 40, C-465/17 *Falck* avsnitt 30-35, og C-558/15 *Vieira de Azevedo* avsnitt 19.

<sup>35</sup> Fredriksen og Mathisen (2018) s. 296.

<sup>36</sup> Arrowsmith (2014) s. 1379.

<sup>37</sup> Regjeringen: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2019-5/id2632006/?ch=51> punkt 11.7.1 (lesedato 14. februar 2021).

prosessrettslige bestemmelser er utgangspunktet at det er de nasjonale prosessrettslige reglene som gjelder ved håndhevelsen av rettigheter gitt av EØS-avtalen.<sup>38</sup> Av Håndhevelsesdirektivet<sup>39</sup> artikkel 1 fremgår det at:

*«decisions taken by the contracting authorities may be reviewed effectively and, in particular, as rapidly as possible».*

Ordlyden tyder på det må foreligge en viss grad av åpenhet rundt oppdragsgivers vurdering for å nå målet om *«reviewed effectively and [...] as rapidly as possible»*.

En interessant dom i denne sammenheng er C-324/98 *Telaustria and Telefonadress*. Saken handlet om anskaffelse av telefonbøker som i utgangspunktet ikke var omfattet av anskaffelsesregelverket. Dommen er relevant fordi EU-domstolen uttaler i avsnitt 62:

*«That obligation of transparency which is imposed on the contracting authority consists in ensuring, for the benefit of any potential tenderer, a degree of advertising sufficient to enable the services market to be opened up to competition and the impartiality of procurement procedures to be reviewed».*

Av uttalelsen følger det at prinsippet om åpenhet som pålegges oppdragsgiveren består av å sikre upartiskhet i anskaffelsesprosedyrene. I dommens avsnitt 59 uttales det at de generelle prinsippene i anskaffelsesretten også gjelder etter at kontrakten er tildelt. Dermed kan ikke en overprøvelse som kun baserer seg på oppdragsgivers begrunnelse anses å være tilstrekkelig for å være i tråd med artikkel 1 i håndhevelsesdirektivet. Dersom dette skulle være tilfelle, vil overprøvelsen bli lite effektiv ettersom leverandørene i realiteten ikke får mulighet til å undersøke om oppdragsgiver har fulgt regelverket. Denne tolkningen har støtte i den juridiske teorien hvor kravet om *«reviewed effectively»* er tolket i lys av de generelle prinsippene ved offentlige anskaffelser.<sup>40</sup> Bestemmelsen forutsetter med dette tilgang til beslutningsgrunnlaget for å sikre en effektiv håndhevelse. Leverandørene må med dette gis tilstrekkelig grad av innsyn slikt at de har mulighet til å sikre at regelverket blir fulgt av oppdragsgiver.

Det foreligger med dette rettskildemessig grunnlag for å slå fast at håndhevelsesdirektivets artikkel 1 sett sammen med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten, oppstiller et

---

<sup>38</sup> Rt. 2005 s. 597 avsnitt 37.

<sup>39</sup> Direktiv 2007/66/EC.

<sup>40</sup> Arrowsmith (2014) s. 1380.

krav om innsyn i konkurrerende tilbud for tilbydere i offentlige anskaffelser. Retten kan imidlertid ikke gå lengre enn det som kan begrunnes etter kravet om effektiv håndhevelse eller rettigheter gitt i samsvar med anskaffelsesdirektivet. Retten må med dette ses i sammenheng med unntaket fra innsyn i konkurrentenes forretningshemmeligheter etter artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU. Konklusjonen er at norsk rett må tolkes i lys av det generelle innsynskravet etter EU/EØS-retten.

## **1.5 Fremstillingen videre**

Fremstillingen videre vil i deles inn i tre deler. Det vil i kapittel 2 ses nærmere på forretningshemmelighetslovens § 2 sin posisjon ved offentlige anskaffelser. I kapittel 3 vil det undersøkes hvorvidt bestemmelsen påvirker tradisjonell rett ved innsynsbegjæringer (utenfor rettsak). Til slutt vil det gis noen avsluttende kommentarer i kapittel 4.

## 2 Forretningshemmelighetslovens posisjon ved offentlige anskaffelser

### 2.1 Introduksjon og problemstilling

Kapittel 2 handler om forholdet mellom forretningshemmelighetsloven § 2 og taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4. Som nevnt innledningsvis er rettstilstanden mellom bestemmelsene usikker. Det ses derfor til bakgrunnsretten for forretningshemmelighetsloven og regelverket for offentlige anskaffelser som begge stammer fra EU-regelverket.

Det presiseres at reglene om taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13, jf. FOA § 7-4 ikke spesifikt er utformet for å oppfylle kravene etter anskaffelsesdirektivet. Norsk rett er presumert å være i tråd med EU/EØS-regelverket, og må på bakgrunn av dette tolkes i lys av Norges folkerettslige forpliktelser ved offentlige anskaffelser. Dersom vernet for forretningshemmeligheter etter EU/EØS-retten går lengre enn vernet som følger av den tradisjonelle tilnærmingen i norsk rett, får dette betydning ved tolkningen av de norske bestemmelsene. Bestemmelsen som regulerer taushetsplikten for forretningshemmeligheter ved offentlige anskaffelser i EU/EØS-retten, er artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU. Forretningshemmelighetsloven § 2 er på sin side ment å gjennomføre artikkel 2 i direktiv 2016/943/EU.<sup>41</sup>

Det som behandles i dette kapittelet er hva slags vern artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU oppstiller, hvilke opplysninger som eventuelt er vernet etter anskaffelsesdirektivet, vilkårene som oppstilles, samt hvorvidt definisjonen av forretningshemmeligheter i artikkel 2 i direktiv 2016/943/EU kan ha en plass ved offentlige anskaffelser.

#### 2.1.1 Vernet etter artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU

Etter ordlyden i artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU får bestemmelsen bare anvendelse:

*«Unless otherwise provided in this Directive or in the national law to which the contracting authority is subject, in particular legislation concerning access to information, and without*

---

<sup>41</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 119.

*prejudice to the obligations relating to the advertising of awarded contracts and to the information to candidates and tenderers set out in Articles 50 and 55».*

Etter ordlyden er det uklart hvilken selvstendig betydning artikkel 21 har. Bestemmelsen viker for det første tilbake for øvrige direktivbestemmelser som handler om deling av spesifikke forpliktelser til å utgi opplysninger. Disse bestemmelsene har nemlig egne regler om taushetsplikt som kommer til anvendelse.<sup>42</sup> For det andre synes bestemmelsen å vike for «*national law*». Ordlyden kan dermed tolkes på to forskjellige måter. Den første av tolkningsalternativene er at taushetsplikten for fortrolige opplysninger kun gjelder når dette følger av nasjonal rett, og at artikkel 21 medfører at den nasjonale regelen «heves» til EU/EØS-rettslig nivå.<sup>43</sup> En slik tolkning av ordlyden vil innebære at brudd på nasjonal rett også vil utgjøre et brudd på direktivbestemmelsen.<sup>44</sup> Dette tolkningsalternativet medfører at statene kun har en adgang - men ingen plikt - til å begrense innsynsretten for hva som gjelder opplysninger av fortrolig karakter.

En annen og mer sannsynlig riktig tolkning av bestemmelsen er at den oppstiller et overnasjonalt vern for opplysninger som anses som fortrolige. En slik tolkning av ordlyden medfører at artikkel 21 kun viker for bestemmelser i nasjonal lovgivning som er ment å oppfylle spesielle informasjonsforpliktelser etter direktivet.<sup>45</sup> Dette tolkningsalternativet medfører at artikkelen oppstiller et overnasjonalt vern i tillegg til de mer spesifikke direktivbestemmelser om informasjonsutgivelse. En slik tolkning av ordlyden vil i større grad være fortrolig med den danske versjonen av bestemmelsen hvor det kommer frem at «*ordregivende myndighed ikke [skal] offentliggøre oplysninger, som de økonomiske aktører har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige, herunder men ikke begrænset til tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud*».

Formålet bak direktivbestemmelsen har videre stor betydning for hvordan bestemmelsen skal forstås etter den EU/EØS-rettslige metoden. Formålet med bestemmelsen er å beskytte leverandørens forretningshemmeligheter. Bestemmelsen er med dette et utslag av det generelle EU-rettslige prinsippet om beskyttelse av forretningshemmeligheter innad i EU-retten.<sup>46</sup> I C-450/06 *Varec* uttales det at manglende vern for

---

<sup>42</sup> Arrowsmith (2014) s. 1340-1341.

<sup>43</sup> Arrowsmith (2014) s. 1340.

<sup>44</sup> Arrowsmith (2014) s. 1340.

<sup>45</sup> Arrowsmith (2014) s. 1340.

<sup>46</sup> Arrowsmith (2014) s. 1339.

forretningshemmeligheter vil medføre svekkelse av konkurransen og tillitsforholdet mellom det offentlige og det private som er nødvendig for å oppnå formålet om best mulig utnyttelse av offentlige ressurser.<sup>47</sup> For å nå formålet var det klart at oppdragsgiver ikke kunne avsløre opplysninger som kunne forringe konkurransen eller påvirke tillitsforholdet mellom leverandøren og oppdragsgiveren.<sup>48</sup> EU-domstolen så deretter til systembetraktninger i dagjeldende direktiv<sup>49</sup> og øvrige fellesskapsbestemmelser om offentlige anskaffelser. Ettersom dagjeldende direktiv kun oppstilte en taushetsplikt for forretningshemmeligheter ved kunngjøring av vinner, ville en nasjonal regel om at konkurrentene måtte få en ubetinget innsynsrett ved klage harmonere svært dårlig med direktivets bestemmelser.<sup>50</sup> Leverandørene kunne i så fall anlegge sak alene med formål om å få tilgang på konkurrentenes forretningshemmeligheter.<sup>51</sup> EU-domstolen etablerte deretter i saken at vern av forretningshemmeligheter utgjør et alminnelig prinsipp i EU/EØS-retten.

Domstolens uttalelser er fulgt opp i EU-domstolens underrettspraksis i T-339/10 og T-532/10. Selv om uttalelsene ikke er direkte knyttet til nåværende direktiv 2014/24/EU, vil fremdeles momentene domstoler bygger på være av interesse for tolkningen av artikkel 21 da bestemmelsen er en delvis kodifisering av det alminnelige beskyttelsesprinsippet for forretningshemmeligheter i EU/EØS-retten. Det er i tillegg lagt til grunn i den juridiske teorien at artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU oppstiller et overnasjonalt vern.<sup>52</sup>

Konklusjonen er at artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU oppstiller et overnasjonalt vern for forretningshemmeligheter i anskaffelsesretten. Det vil videre undersøkes hvilke vilkår direktivbestemmelsen oppstiller, samt hvilken betydning bestemmelsen har for leverandørens innsynsrett etter norsk rett.

## **2.1.2 Nærmere om vilkårene etter artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU**

Det fremgår av artikkel 21 at «*information forwarded to it by economic operators which*

---

<sup>47</sup> C-450/06 *Varec* avsnitt 36-43.

<sup>48</sup> C-450/06 *Varec* avsnitt 35 og 36.

<sup>49</sup> Council Directive 93/36/EEC of 14 June 1993 coordinating procedures for the award of public supply contracts.

<sup>50</sup> C-450/06 *Varec* avsnitt 39.

<sup>51</sup> C-450/06 *Varec* avsnitt 40.

<sup>52</sup> Arrowsmith (2014) s. 1341-1343.

*they have designated as confidential, including, but not limited to, technical or trade secrets and the confidential aspects of tenders»* er vernet av bestemmelsen. Ordlyden «*designate as confidential*» skal ikke tolkes slikt at det er innehavers oppfatning som skal legges til grunn.<sup>53</sup> En slik bokstavelig tolkning av ordlyden ville gitt leverandørene mulighet til å tilbakeholde alle opplysningene som kommer frem av tilbudet som fortrolige. Bestemmelsen må på denne bakgrunn forstås som en vurdering basert på objektive kriterier av den enkelte opplysning. Direktivet spesifiserer heller ikke hvilke opplysninger som skal anses som fortrolige, men kommer med en rekke eksempler, jf. «*not limited to*».

Den engelske direktivversjonen av artikkel 21 anvender begrepet «*technical or trade secrets*» og ikke forretningshemmeligheter som anvendes andre steder i EU/EØS-retten. Etter den danske og svenske versjonen fremgår det at «*tekniske hemmeligheter [og] forretningshemmelighede*» og «*tekniska hemligheter [og] affärshemligheter*» er beskyttet. Begrepet «*technical or trade secrets*» og forretningshemmeligheter må dermed anses som synonymmer.<sup>54</sup>

I T-356/94 *Postbank v. Commission* har underretten tolket begrepet forretningshemmeligheter slikt:

*«Business secrets are information of which not only disclosure to the public but also mere transmission to a person other than the one that provided the information may seriously harm the latter's interests».*

Etter dommen må forretningshemmeligheter for det første være hemmelige. For det andre må formidling av opplysningen «*seriously harm the latter's interest*». Underretten oppstiller med andre ord vage og uklare kriterier som gir dårlig forutberegnelighet med tanke på tillitsforholdet mellom deltagerne og oppdragsgiver i offentlige anskaffelser.

Ellers har ikke EU-domstolen eller underretten omtalt det nærmere innholdet i artikkel 21 foruten at vern av forretningshemmeligheter er ansett som et generelt prinsipp i EU-retten.<sup>55</sup> Dette er et viktig poeng ettersom artikkel 21 er en bestemmelse som verner

---

<sup>53</sup> Arrowsmith (2014) s. 1341.

<sup>54</sup> Se også Ginter (2017) s. 159-160.

<sup>55</sup> Se Arrowsmith (2014) s. 1339, C-1/11 *Interseeroh Scrap and Metals Trading* avsnitt 43 og Case C-450/06 *Varec* avsnitt 49 med videre henvisningene til EU-domstolens praksis. Uttalelsene er fulgt opp i EU-domstolens underrettspraksis i T-339/10 og T-532/10.

forretningshemmeligheter. Bestemmelsen er med andre ord en delvis kodifisering av et generelt EU-rettslige prinsipp. Bestemmelsen må med dette tolkes i sammenheng med bakgrunnsretten som stammer fra det alminnelige prinsippet om beskyttelse av forretningshemmeligheter, slikt det kommer frem i EU/EØS-retten.

Ved anvendelse av bakgrunnsretten er det naturlig å undersøke om det eksisterer andre kodifiserte bestemmelser av prinsippet og hvordan begrepet er definert på andre rettsområder, samt ellers i internasjonal rett. Den mest relevante rettskilden å se til vil være harmoniseringen av begrepet forretningshemmeligheter på EU-rettslig nivå som kom med definisjonen i artikkel 2 i direktiv 2016/943/EU.<sup>56</sup> Det vil i det følgende ses nærmere på direktivbestemmelsen og hvorvidt bestemmelsen kan ha betydning for hvordan artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU skal forstås.

## **2.2 Definisjon av forretningshemmeligheter gitt i direktiv 2016/943/EU**

Av artikkel 2 (1) i direktiv 2016/943/EU fremgår det at en forretningshemmelighet er en opplysning som oppfyller følgende krav:

*«a) de er hemmelige i den forstand, at de ikke i deres helhet eller i den præcise konfiguration eller sammensætning af deres komponenter er almindeligt kendt blandt eller umiddelbart tilgængelige for personer i de kredse, der normalt beskæftiger sig med den pågældende type oplysninger*

*b) de har handelsværdi, fordi de er hemmelige*

*c) de er af den person, som lovligt kontrollerer oplysningerne, under de givne omstændigheder blevet underkastet rimelige foranstaltninger til hemmeligholdelse».*

Problemstillingen er om definisjonen i artikkel 2 kan ha relevans for tolkningen av artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU. Forholdet mellom direktivbestemmelsene er ikke drøftet av EU-domstolen. Av artikkel 1 nr. 2 bokstav c i direktiv 2016/943 fremgår det at direktivet ikke får anvendelse overfor offentlige myndigheter og de regler som følger av EU- eller nasjonal rett vedrørende utgivelse av opplysninger som de har fått fra

---

<sup>56</sup> Direktivet er innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteen [beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019](#).



private virksomheter. Utgangspunktet er med dette at artikkel 2 ikke får betydning utenfor direktivet selv. Spørsmålet blir dermed om artikkel 2 likevel kan ha indirekte betydning for hvordan forretningshemmeligheter i artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU skal forstås.

Etter den EU/EØS-rettslige metoden er det klart at artikkel 1 må leses i tråd med fortalen. Av fortalen til direktiv 2016/943/EU avsnitt 18 fremgår det at med videre henvisninger til direktivene om offentlige anskaffer at:

*«dette direktiv ikke fritage offentlige myndigheter for de fortrolighetsforpliktelse, som de er underlagt for så vidt angår opplysninger videregivet af forretningshemmelighetshavere, uanset om disse forpliktelse er fastsat i EU-retten eller i national ret».*

Slik avsnitt 18 i fortalen leses vil de bestemmelsene som angår taushetsplikt og videreutgivelse av forretningshemmeligheter i direktivet ikke få anvendelse i anskaffelsesretten. Definisjonen av forretningshemmeligheter i artikkel 2 faller imidlertid ikke inn under kategorien som er beskrevet i fortalen avsnitt 18 og anvendelsesområdet etter artikkel 1. Artikkel 2 regulerer hverken utgivelse av opplysninger eller forholdet mellom markedsaktører. Fortalen trekker med dette i retning for at artikkel 2 langt på vei «kun» kodifiserer et generelt EU-rettslig prinsipp som har generell anvendelse.

Det foreligger videre sterke grunner ut fra de grunnleggende prinsippene i EU-retten og prinsippet om enhetlig vern av forretningshemmeligheter at artikkel 2 bør ses som et uttrykk for et generelt prinsipp som har generell anvendelse – også for offentlige anskaffelser. Et av formålene bak direktiv 2016/943/EU å utjevne forskjellene i den juridiske beskyttelsen av forretningshemmeligheter som var fastsatt av medlemsstatene. Formålet var videre å svekke risikoen for bedrifters utnyttelse av medlemsstater med et relativt lavere beskyttelsesnivå for å tilegne seg opplysninger som i andre medlemsstater var ansett som forretningshemmeligheter.<sup>57</sup>

Et annet formål med direktivet er å beskytte opplysningsinnehaver mot «*videregivelse af forretningshemmeligheder*», jf. artikkel 1 (1). En slik utnyttelse eller utgivelse vil klart

---

<sup>57</sup> Se fortalen i direktiv 2016/943/EU avsnitt 8-9.

ha en konkurransevridende effekt som kan medføre fordeler over hele det europeiske markedet.<sup>58</sup> For å unngå denne effekten poengterer fortalen at det er viktig å etablere en enhetlig og klar definisjon for hva som utgjør forretningshemmeligheter.<sup>59</sup> Det er ingenting som tilsier at hensynet skal stille seg annerledes eller være av mindre betydning i relasjonen mellom det offentlige og private ved offentlige anskaffelser.

Et annet argument for å anvende definisjon som retningsgivende tolkningsmoment ved tolkningen av forretningshemmeligheter i artikkel 21 i direktiv 2014/21/EU, er det prosessøkonomiske aspektet. Det offentlige vil gjennom en klar definisjon lettere kunne vurdere hvorvidt en opplysning anses som en forretningshemmelighet. En klar forståelse av hva som utgjør en forretningshemmelighet vil føre til at unødige tilbakeholdelser av opplysninger som hemmer håndhevelsen i mindre grad vil finne sted. Det vil dessuten være lite hensiktsmessig å legge til grunn to forskjellige forståelser av begrepet forretningshemmeligheter innad i EU/EØS-retten, avhengig av hvilket rettsområde en befinner seg på.

Før legaldefinisjonens vedtagelse i direktiv 2016/943/EU var det uavklare grenser for hva som utgjør en forretningshemmelighet innad i EU. Regelverket var videre fragmentarisk. Et av hovedformålene bak direktivet var å innføre en ensartet beskyttelse av forretningshemmeligheter og en felles definisjon innad i det indre markedet.<sup>60</sup> Det er med dette liten tvil om at bestemmelsen er et utslag av det generelle prinsippet om beskyttelse av forretningshemmeligheter i EU-retten. Siden bestemmelsen er en kodifisering og samling av begrepet forretningshemmeligheter innad i EU/EØS-retten, foreligger det sterke grunner for å se til definisjonen gitt i artikkel 2 ved forståelsen av øvrige bestemmelser som angår forretningshemmeligheter i EU/EØS-retten. Ved å se til definisjon som tolkningsbidrag for hva som utgjør en forretningshemmelighet etter artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU, vil dette skape et sterkere vern, forutberegnelighet og enhetlighet overfor både offentlige og private aktører.

En interessant bemerkning som styrker argumentet for at definisjonen gitt i artikkel 2 skal anvendes indirekte for øvrige bestemmelser som angår forretningshemmeligheter i

---

<sup>58</sup> Se fortalen i direktiv 2016/943/EU avsnitt 9.

<sup>59</sup> Se fortalen i direktiv 2016/943/EU avsnitt 14.

<sup>60</sup> Se fortalen i direktiv 2016/943/EU avsnitt 14.

EU/EØS-retten, er definisjonens opphav.<sup>61</sup> Definisjonen av forretningshemmeligheter i artikkel 2 er en omtrentlig videreføring av ordlyden og vilkårene som kommer frem av TRIPS-avtalen artikkel 39.<sup>62</sup> At vilkårene tilsynelatende er inntatt ordrett i artikkel 2 i direktiv 2016/943/EU antyder at EU-parlamentet og kommisjonsrådet anser vilkårene i TRIPS-avtalen som bakgrunnsrett for hvordan definisjonen skal forstås, uten at vilkårene i TRIPS-avtalen får direkte betydning eller anvendelse.<sup>63</sup> At EU/EØS-retten benytter en tilsvarende definisjon som oppstilt i TRIPS-avtalen vil dessuten medføre en større grad av forutberegnelighet utenfor EU/EØS-regelverket. Det vil ikke gås nærmere inn på dette av hensiktsmessige årsaker.

Det er liten grunn til å tro at EU-domstolen vil legge seg på en annen kurs enn fremstilt her. Bestemmelsen kodifiserer et alminnelig EU-rettslig prinsipp og det foreligger ikke vektige grunner for at definisjonen ikke skal anvendes som et viktig tolkningsbidrag utenfor direktivet.

Konklusjonen er at definisjonen gitt i artikkel 2 i direktiv 2016/943 må være retningsgivende for innholdet i det generelle EU/EØS-rettslige prinsippet om beskyttelse av forretningshemmeligheter. Begrepet forretningshemmeligheter i artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU må dermed tolkes med definisjonen i artikkel 2 i direktiv 2016/943/EU som retningsgivende tolkningsmoment for hvilke opplysninger som beskyttes av bestemmelsen.

## 2.3 Oppsummering og konsekvenser for norsk rett

Bestemmelsene i artikkel 2 i direktiv 2016/943/EU og artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU er begge utslag av det generelle prinsippet om beskyttelse av forretningshemmeligheter i EU/EØS-retten. Definisjonen gitt i artikkel 2 i direktiv 2016/943 har dermed stor indirekte betydning for hvordan begrepet forretningshemmeligheter skal tolkes i EU/EØS-retten. Hvorvidt en opplysning vil utgjøre en forretningshemmelighet i anskaffelsesretten må

---

<sup>61</sup> Se fortalen i direktiv 2016/943/EU avsnitt 5-6 hvor det henvises til TRIPS-avtalen.

<sup>62</sup> WTOs TRIPS avtale er en avtale som etablerer et minimumsvern for hva som angår forretningshemmeligheter i WTO-landene.

<sup>63</sup> Til støtte for denne tolkningen viser Kommisjonen stadig til TRIPs avtalen i [Document 52013SC0471](#), se blant annet s. 111. Avtalen og artikkel 39 er også henvist i flere fotnoter i dokumentet.

avgjøres etter en konkret vurdering med definisjonen i artikkel 2 i direktiv 2016/943/EU som retningsgivende tolkningsmoment.

Konsekvensen i norsk rett er at en ved innsynskrav ved offentlige anskaffelser må se til forretningshemmelighetsloven § 2 som retningsgivende tolkningsmoment ved tolkningen av forvaltningsloven § 13 nr. 1 (2), jf. FOA § 7-4. Definisjonen gitt i forretningshemmelighetsloven § 2 får dermed stor indirekte betydning for hvilke opplysninger som regnes som forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven ved offentlige anskaffelser. Det vil i neste kapittel gås nærmere inn på den konkrete betydningen definisjonen medfører for rekkevidden av taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4.

# 3 Deltagernes innsynsrett til forretningsopplysninger utenfor saksgang

## 3.1 Introduksjon og problemstilling

Problemstillingen er rekkevidden av taushetsplikten etter forvaltningsloven §13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4 hensyntatt definisjonen gitt i forretningshemmelighetsloven § 2. Det vil først redegjøres for taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4. Det vil deretter redegjøres for vilkårene etter forretningshemmelighetsloven § 2. Det vil i denne sammenheng se om definisjonen i forretningshemmelighetsloven § 2 medfører en viss skjerpelse i forhold til tradisjonell rett etter forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4.

## 3.2 Rekkevidden av forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4

Forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 om taushetsplikt om forretningshemmeligheter lyder som følger:

*«Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om: [...] (2) tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår».*

Ordlyden gjør for det første klart at «enhver» som utfører «tjeneste eller arbeider for et forvaltningsorgan» plikter å hindre at taushetsbelagte opplysninger tilkommer uvedkommende.<sup>64</sup> Med «andre» menes andre personer eller virksomheter enn opplysningens innehaver. Det er et dermed et vilkår for at taushetsplikten skal inntre at man har fått vite om opplysningen i forbindelse med tjenesten eller arbeidet. Det er ikke avgjørende om vedkommende får kunnskap om opplysningen på arbeidstid eller i arbeidstiden. Taushetsplikten gjelder også for opplysninger man blir informert på

---

<sup>64</sup> Sistnevnte kommer til uttrykk i fvl. § 13c (2) hvor det stilles krav at opplysningen må oppbevares på en betryggende måte.

fritiden fordi man er ansatt i eller av et forvaltningsorgan.<sup>65</sup> Taushetsplikten gjelder også etter at vedkommende har avsluttet tjenesten eller arbeidet hos forvaltningsorganet, jf. Forvaltningsloven § 13 (3). Det presiseres at taushetsplikten kun gjelder for konkrete opplysninger og ikke for dokumenter i sin helhet.<sup>66</sup>

Ordlyden tilsier at vurderingen må foretas konkret for hva som gjelder opplysningens art, jf. «*tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold*». Ordlyden tyder deretter på at opplysningens art må ha en virkning, jf. «*konkurransmessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår*». Tolkningen har støtte i den juridiske teorien hvor bestemmelsens ordlyd er fremhevet som en to-leddet-vurdering hvor det stilles krav til både opplysningens art og virkning.<sup>67</sup> Det vil i det følgende undersøkes hvorvidt den to-leddede vurderingen fremdeles kan opprettholdes etter ikrafttreddelsen av forretningshemmelighetsloven § 2.

### 3.2.1 Et krav til opplysningens art?

Forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 opererer med tre forskjellige kategorier av opplysninger, herunder «*tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold*». Skilnaden mellom disse er uklar. Ordlyden «*drifts og forretningsforhold*» er lite konkret og gir begrenset veiledning til hvilke opplysninger som skal omfattes av taushetsplikten. I forarbeidene uttales det at «*drifts og forretningsforhold*» dekker tekniske og kommersielle opplysninger.<sup>68</sup> Grunnvilkåret etter forarbeidene er at konkurrerende bedrifter kan utnytte opplysningen i forbindelse med egen drift.<sup>69</sup> Dette innebærer at opplysninger som ikke kan nyttiggjøres av en konkurrent faller utenfor vernet.<sup>70</sup> Videre vil generelle opplysninger om en bedrifts økonomiske stilling og administrative forhold falle utenfor vernet.<sup>71</sup>

Av forarbeidene fremgår det at «*tekniske innretninger og fremgangsmåter*» dekker i sin kjerne patentbare løsninger så vel som tekniske løsninger som ikke oppfyller kravene for patentbeskyttelse. Dette forutsetter at innretningen eller fremgangsmåten kan benyttes i

---

<sup>65</sup> Taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt. En veileder, Justis- og beredskapsdepartementet, februar 2021 s. 22 (lesedato 20.04.2021).

<sup>66</sup> Dragsten (2013) s. 215.

<sup>67</sup> Goller (2017) s. 252.

<sup>68</sup> Ot.prp.nr. 3 (1976-1977) s. 22.

<sup>69</sup> Ot.prp.nr. 3 (1976-1977) s. 142.

<sup>70</sup> Ot.prp.nr. 3 (1976-1977) s. 142.

<sup>71</sup> Ot.prp.nr. 3 (1976-1977) s. 142.

driften.<sup>72</sup> Bestemmelsen er ment å verne «*oppfavsinteresser*» i «*vid forstand*» og det stilles ikke krav til originalitet eller skaperterskel.<sup>73</sup> Dette må forstås som opplysninger som bedriften selv har utarbeidet eller investert ressurser i utviklingen av og som bedriften selv har kontroll over. Dermed kan leverandørens løsningsforslag eller fremgangsmetode være beskyttet til tross for at løsningsforslaget ikke er særlig originalt eller nyskapende. Dette forutsetter at metoden er utviklet av bedriften selv eller at bedriften besitter rettighetene til metoden.

Det er uklart etter forarbeidene om de oppramsede kategoriene i forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 er ment som eksempler på opplysninger som typisk er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, eller om kategoriene er ment å være et selvstendig utpreget vurderingstema for hvorvidt opplysningen kan underlegges taushetsplikt.<sup>74</sup> I LB-2016-69346 som gjaldt anke over påleggelse i innsyn av deler av et tilbud, sluttet lagmannsretten seg til byfogdembetes uttalelse hvor det uttales:

*«Forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 vil i utgangspunktet kunne omfatte enhver form for opplysning om en næringsdrivende virksomhet eller person. Taushetsplikten begrenses imidlertid av at det må være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysningen».*

Lagmannsretten synes dermed å legge til grunn at enhver opplysning kan omfattes av taushetsplikten forutsatt at opplysningen vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Dragsten utaler i sin lovkommentar at de opplistede alternativene i § 13 (1) nr. 2 er «*vide begreper og vil i prinsippet kunne omfatte de fleste opplysningene i et tilbud*».<sup>75</sup> Dragsten uttaler at den reelle avgrensinger ikke ligger i begrepene, men i kravet om at opplysningen «*vil [være] av konkurransemessig betydning å hemmeligholde*».<sup>76</sup> Hverken lagmannsretten eller Dragsten synes å begrunne standpunktet i klare eller spesielt tunge rettskilder. Uttalelsene fremstår derfor som noe unyansert ettersom ordlyden og forarbeidene til forvaltningsloven synes å legge til

---

<sup>72</sup> Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 142.

<sup>73</sup> Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 142.

<sup>74</sup> Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 22.

<sup>75</sup> Marianne Dragsten, *Anskaffelsesloven. Med forskrift*. Kommentartutgave, Universitetsforlaget, 2020 s. [267](#), Juridika (lesedato 14. april 2021).

<sup>76</sup> Marianne Dragsten, *Anskaffelsesloven. Med forskrift*. Kommentartutgave, Universitetsforlaget, 2020 s. [267](#), Juridika (lesedato 14. april 2021).

grunn at opplysningens art må falle inn under en av de tre opplistede kategoriene.

I miljøinformasjonslovens<sup>77</sup> § 11 som gjelder hvorvidt miljøopplysninger kan være unntatt offentligheten, henvises det til at offentleglova og taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 er omfattet av bestemmelsen.<sup>78</sup> Loven er interessant i denne sammenheng fordi forarbeidene kommer med uttalelser for hvordan forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 skal forstås. Det fremheves at bestemmelsen stiller krav til opplysningens art og virkning, men at den sentrale begrensingen i forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 ligger i at opplysningen må ha «*konkurransmessig betydning*» for bedriften å hemmeligholde.<sup>79</sup> Det uttales at bestemmelsen ikke omfatter enhver opplysning om drifts- eller forretningsforhold som kan føre til økonomisk tap. Dette beror på om virksomhetens behov for hemmeligholdelse er beskyttelsesverdig og i hvilken grad allmenne hensyn tilsier at opplysninger må kunne utleveres.<sup>80</sup> Forarbeidene er uklare da de både påpeker at det foreligger konkrete krav til opplysningens art, men at den sentrale avgrensinger er hvorvidt opplysningen vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Forarbeidene argumenterer for at miljøopplysninger må kunne sies å falle inn under forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, til tross for at miljøopplysninger ikke kan sies å utgjøre kjernen til bestemmelsen. Forarbeidene lener seg på at det må foretas en grundig overveielse for hvorvidt opplysningen kan sies å ha kommersiell betydning å hemmeligholde. Forarbeidene til miljøinformasjonsloven som tolkningsfaktor antyder dermed noe uklart at opplysningens art ikke er av særlig stor betydning ved den konkrete vurderingen.

Spørsmålet blir dermed om forretningshemmelighetsloven § 2 som tolkningsfaktor avklarer tradisjonell rett på dette punkt. Definisjonen i forretningshemmelighetsloven § 2 bygger på ordlyden i direktiv 2016/943/EU og lyder som følger:

*«Med forretningshemmeligheter menes opplysninger som*

- a) er hemmelige i den forstand at opplysningene ikke som helhet, eller slik de er satt sammen eller ordnet, er allment kjent eller lett tilgjengelig*

---

<sup>77</sup> LOV-2003-05-09-31 om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven).

<sup>78</sup> Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 160.

<sup>79</sup> Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 160.

<sup>80</sup> Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 160.



- b) *har kommersiell verdi fordi de er hemmelige*
- c) *innhaveren har truffet rimelige tiltak for å holde hemmelige»*

Det er sikker rett at begrepet *forretningshemmelighet* etter bestemmelsen dekker fortrolige opplysninger om virksomhetens drifts- og forretningsforhold, knowhow og teknologiske opplysninger.<sup>81</sup> Forretningshemmelighetsloven § 2 vil dermed i stor grad være sammenfallende for hvilke typer opplysninger som anses som forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven.

Imidlertid opererer forretningshemmelighetsloven § 2 med ordet «*opplysning*» og ikke «*tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold*» for hva som angår opplysningens art. Ordlyden åpner dermed for at flere opplysninger kan anses som en forretningshemmelighet enn det ordlyden og forarbeidene til forvaltningsloven legger til grunn. Direktivbestemmelsen som forretningshemmelighetsloven § 2 bygger på stiller heller ikke krav til opplysningens art, utover at opplysningen i sin helhet, konfigurasjon eller sammensetning må være hemmelig og ikke er allment kjent eller tilgjengelig i den enkelte bransje.<sup>82</sup>

Opplysninger som tradisjonelt ikke har blitt ansett som forretningshemmeligheter kan dermed som utgangspunkt underlegges taushetsplikten. For hva som gjelder opplysninger om virksomhetens økonomi og kapasitet, er det ikke utenkelig at dette er opplysninger som kan ha kommersiell verdi. Det er klart at en virksomhet kan utnytte slike opplysninger i sin virksomhet eller strategi, selv om dette er opplysninger som tradisjonelt ikke har blitt betegnet som forretningshemmeligheter. Vurderingstemaet for slike tilfeller blir i så fall om opplysningen kan ha en reell skadevirkning på bedriftens konkurranseevne ved at konkurrentene kan utnytte opplysningen i sin daglige drift.

Ved å legge til grunn forretningshemmelighetsloven § 2 som tolkningsfaktor for hvordan forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 skal forstås, vil dermed både lagmannsrettens, Dragsten og forarbeidene til miljøinformasjonslovens uttalelser fremstå som riktige og hensiktsmessige. Det vil klart være større grunn til å beskytte en opplysning som ikke faller inn under en av de tre opplistede kategoriene etter forvaltningsloven, men som likevel vil være av kommersiell

---

<sup>81</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 15.

<sup>82</sup> Direktiv 2016/943/EU artikkel 2 (1) bokstav a.

verdi å hemmeligholde og som kan skade bedriftens konkurranseevne dersom opplysningen blir tilgjengeliggjort.

Ved å kun søkelys på om opplysningen har konkurransemessig betydning å hemmeligholde vil en offentlig innkjøper ha en mindre ting å vurdere ved innsynsbegjæringer. Leverandørene vil også i større grad få ivaretatt sine næringsinteresser. Vernet vil i teorien utvides til å omfatte flere opplysningstyper, men vil i praksis trolig ikke medføre en særlig stor endring i rettstilstanden etter tradisjonell rett. Ordlyden medfører dermed en forenkling i innsynsprosessen uten å svekke prinsippet om offentlighet eller svekke leverandørens innsyns adgang. Kjernen i forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4 med forretningshemmelighetsloven § 2 som tolkningsbidrag, vil dermed være om opplysningen er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde

### **3.2.2 Opplysningens virkning: «konkurransemessig betydning å hemmeligholde»**

Vilkåret «*konkurransemessig betydning å hemmeligholde*» i forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 dreier seg om hvorvidt opplysningen er egnet til å påvirke leverandørens posisjon i markedet.<sup>83</sup> Det vil i det følgende redegjøres nærmere for hva som ligger i kravet om *konkurransemessige betydning*. Kravet om *hemmelighold* behandles i punkt 3.2.5

Av forarbeidende til forvaltningsloven stilles det krav om at skaden eller påvirkningen av leverandørens posisjon i markedet må være av en viss betydning.<sup>84</sup> Det må i så henseende ses bort fra opplysninger som ikke kan anses å ha noen reell effekt for innehaverens drift av virksomheten dersom opplysningen blir kjent. Det må med andre ord foreligge betydningsfull informasjon for virksomheten.<sup>85</sup>

I KOFA-praksis er det uttalt at det må foretas en konkret helhetsvurdering om det foreligger forhold i tilbudene som kan være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.<sup>86</sup> En interessant dom i denne sammenhengen er Rt. 2010 s. 385. Dommen gjaldt krav om utlevering av informasjon etter miljøinformasjonsloven § 16 og hvorvidt informasjonen kunne anses som en forretningshemmelighet etter miljøinformasjonsloven § 17 (1) bokstav c. Selv

---

<sup>83</sup> Graver (2019) s. 372.

<sup>84</sup> Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 22.

<sup>85</sup> Se Rt. 2007 s. 1841 (SAS) avsnitt 22, Irgens-Jensen (2010) s. 60 og Lunde/Michaelsen (2019) s. 331 flg.

<sup>86</sup> Se KOFA sine avgjørelser i 2015/143 avsnitt 48, 2005/70 avsnitt 28 og 2008/62 avsnitt 59.

om dommen miljøinformasjonsloven, har dommen likevel relevans for tolkningen av forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2.<sup>87</sup> I dommens avsnitt 50 uttaler Høyesterett at «[o]ffentlighet omkring opplysningen må kunne føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for virksomheten, enten direkte eller ved at konkurrenter utnytter opplysningene». Det presiseres at det ikke oppstilles et krav om at opplysningens innehaver faktisk blir skadelidende. Det er tilstrekkelig at offentlighet rundt opplysningen åpner opp for utnyttelse fra andre virksomheter som ellers ikke ville vært mulig.<sup>88</sup>

Dragsten uttaler i sin lovkommentar fra 2020 at vurderingen om konkurransemessig betydning dreier seg om en interesseavveining mellom leverandørens interesse i å hemmeligholde opplysningen, og det sterke og aktuelle behovet for innsyn og kontroll.<sup>89</sup> Dette er et standpunkt hun har opprettholdt siden 2013 og begrunnes i SOMB 2007/3, 2009/1960, 2010/65 og 2008/571.<sup>90</sup> Felles for uttalelsene fra sivilombudsmannen er at offentligprinsippet kun trekkes inn ved tvilstilfeller for hvorvidt den konkrete opplysningen er underlagt taushetsplikt eller ikke. Sivilombudsmannens bruk av offentlighetsprinsippet tilsier at prinsippet kun får betydning ved tvilstilfeller og at vurderingen ellers er om innsyn i kan medføre en reell negativ effekt av en viss betydning for innehaver. I de nevnte saker fra Sivilombudsmannen er det ingen eksplisitt uttalelse som oppstiller en konkret interesseavveining som Dragsten synes å legge opp til. I henhold til de øvrige rettskildene er det dermed usikkert om det kan oppstilles en slik interesseavveining som hovedvurderingstema etter forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2.

Spørsmålet blir dermed om forretningshemmelighetsloven § 2 som tolkningsfaktor avklarer tradisjonell rett på dette punkt. Av forretningshemmelighetsloven § 2 (1) bokstav b fremgår det at: «*opplysningen*» har «*kommersiell verdi fordi de er hemmelige*». Etter ordlyden står opplysningens spredning, tilegnelsesgrad, samt den økonomiske verdien av opplysningen for andre aktører i markedet sentralt. Det presiseres i forarbeidene at det oppstilles et krav om at opplysningen må være hemmelig for å ha kommersiell verdi.<sup>91</sup> Det vil ikke foreligge et legitimt behov for beskyttelse dersom opplysninger er uten verdi for bedriften eller i markedet

---

<sup>87</sup> Se også Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 171 hvor det kommer frem at miljøinformasjonsloven § 17 (1) bokstav c har samme anvendelsesområde som forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2.

<sup>88</sup> Rt. 2010 s. 385 avsnitt 50.

<sup>89</sup> Marianne Dragsten, *Anskaffelsesloven. Med forskrift*. Kommentartutgave, Universitetsforlaget, 2020 s. 267, Juridika (lesedato 14. januar 2021).

<sup>90</sup> Dragsten (2013) s. 217.

<sup>91</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 119.

ellers.<sup>92</sup> Kriteriet vil være oppfylt hvor inngrep kan skade opplysningens innehaver «ved å undergrave dennes vitenskapelige eller tekniske potensiale, forretningsmessige eller finansielle interesser, strategisk plasseringer eller evne til å konkurrere».<sup>93</sup> Kriteriet innebærer at ubetydelige opplysninger i kommersiell sammenheng ikke vil utgjøre en forretningshemmelighet.<sup>94</sup> Definisjonen legger dermed opp til den samme vurderingen som fremgår av forarbeidene til forvaltningsloven. Interessevurderingen som Dragsten<sup>95</sup> legger opp til som vurderingstema kan dermed ikke anses som helt presist.

Forretningshemmelighetsloven § 2 som retningsgivende tolkningsbidrag avklarer gjeldende rett på dette punkt.

### 3.2.3 Et krav om beskyttelsestiltak?

I forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 fremgår det at opplysningen må være av konkurransemessig betydning å «hemmeligholde». Forarbeidene uttaler at opplysningen må være av en slik «art at det er naturlig å rekne med at en i vedkommende virksomhet anser den som en hemmelighet».<sup>96</sup> Uttalelsen er uklar og det stilles spørsmål til den selvstendige vekten av vilkåret. Det vil være meget nærliggende for de fleste bedrifter å hemmeligholde opplysninger som er av kommersiell verdi. I lys av uttalelsen kan det stilles spørsmål om det i begrepet «hemmelig» ligger en viss forventning om egeninnsats for å verne opplysningen. Forutsatt positivt svar blir spørsmålet hvilken grad av innsats eller tiltak som kreves for at opplysningen skal anses som beskyttet. Etter en kontekstuell tolkning av uttalelsene fra forarbeidene til forvaltningsloven kan det leses at bedriften må ha et ønske om å beskytte forretningshemmeligheten, og at ønsket er beskyttelsesverdig.<sup>97</sup> Forarbeidene uttaler imidlertid ikke eksplisitt om det er ment å ligge et krav om beskyttelsestiltak i begrepet.

Rt. 2007 s. 1841 handler om et flyselskap som hadde benyttet seg av billettbestillingsdata som gjald et annet flyselskap. I dommen uttalte Høyesterett seg om kravet til beskyttelsestiltak og henviste til forarbeidene til markedsføringsloven (2009) § 28, som nå er erstattet av lov om forretningshemmeligheter. Av dommens avsnitt 22 følger det at:

---

<sup>92</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 119.

<sup>93</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 119.

<sup>94</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 119.

<sup>95</sup> Marianne Dragsten, *Anskaffelsesloven. Med forskrift*. Kommentartutgave, Universitetsforlaget, 2020 s. 267, Juridika (lesedato 14. januar 2021).

<sup>96</sup> Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 22.

<sup>97</sup> Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 16.

*«To vilkår må her være oppfylt, slik også lagmannsretten har lagt til grunn. For det første at det dreier seg om data som er spesifikke for vedkommende bedrift, [...] og at disse data er av betydning for bedriftens virksomhet. For det annet må det stilles visse krav til bedriftens forhold for at en hemmelighet skal være beskyttet. Det må enten uttrykkelig være markert at det gjelder et krav på hemmelighold, eller det må ligge i selve situasjonen at det gjelder et slikt krav[...]».*

Selv om dommen ikke har direkte relevans i tolkningen av forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, er uttalelsen interessant i forhold til hva som lå i begrepet forretningshemmeligheter før forretningshemmelighetsloven ikrafttredelse. Av dommen stilles det visse krav til bedriftens forhold for at en forretningshemmelighet skal anses beskyttet. Opplysningen må enten være uttrykkelig markert for hemmelighold eller at hemmelighold ligger i situasjonen.<sup>98</sup> At kravet til hemmelighold kan ligge i situasjonen indikerer at terskelen for når noe anses som tilstrekkelig beskyttet - ikke ligger spesielt høyt. Vurderingstemaet vil uansett være gjenstand for skjønn og konklusjonen bør ligge i en konkret helhetsvurdering av det konkrete tilfellet.

Hensynet bak forvaltningsloven. § 13 (1) nr. 2 tilsier videre at det må foreligge en viss vilje fra innehaver til å holde opplysningen hemmelig. Dette kan eksempelvis gjelde i situasjoner der bedriftens ledelse ønsker å tilbakeholde informasjon om endringer i virksomhetsstrategien eller ved en eventuell fremtidig konkurs. Bedriftens behov for hemmelighold kan dermed sies å gjelde for både bedriftens konkurrenter og øvrige ansatte i bedriften selv. Dette forutsetter at bedriften anser opplysninger som hemmelig, og kan vise til at opplysninger har blitt behandlet som fortrolig. Hvis det ikke er noe som tyder på at informasjonen blir holdt hemmelig av bedriften, kan opplysningen trolig heller ikke anses som hemmeliggjort. Det er lite som tilsier at det samme kravet til beskyttelsestiltak som ble oppstilt i Rt. 2007 s. 1841 ikke bør gjelde ved offentlige anskaffelser og etter forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4.

Imidlertid har forretningshemmelighetsloven § 2 erstattet bestemmelsen Høyesterett uttalte seg om i Rt. 2007 s. 1841. Spørsmålet blir dermed om forretningshemmelighetsloven § 2 medfører en heving av terskelen for hva som kan belegges med taushetsplikt. Hvorvidt dette er tilfelle, vil avhenge av hvor strengt kravet til «rimelige tiltak» skal forstås i forretningshemmelighetsloven § 2 (1) bokstav c.

---

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) og innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966 s. 48.

I forretningshemmelighetsloven § 2 (1) bokstav c fremgår det at opplysningens innehaver må ha truffet «rimelige tiltak» for å holde opplysningen «hemmelig». Hva som anses som rimelige tiltak presiserer imidlertid ikke loven. En naturlig tolkning av «rimelig» tilsier noe som er fornuftig eller rasjonelt å kreve. En naturlig tolkning av «tiltak» tyder på at opplysningens innehaver aktivt må ha iverksatt konkrete skritt for å beskytte opplysningen eller foretatt en ytre markering om at opplysningen anses som hemmelig. En slik uttrykkelig markering kan for eksempel være å merke den konkrete opplysningen eller dokumentet som hemmelig ved bruk av vannmerke, stempling eller skrift som indikerer hemmelighold. Det er klart at det å ikke gjennomføre noen form for beskyttelsestiltak ikke vil være tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret. Ordlyden utelukker med andre ord at hemmelighold kan ligge i situasjonen. En slik tolkning av vilkåret vil medføre en skjerpelse av gjeldende rett.

Av forarbeidene uttales det at etter «*departementets syn vil [...] definisjonen av forretningshemmeligheter i all hovedsak gi samme avgrensning av begrepet som etter gjeldende rett, men at de ulike elementene gis et noe annet språklig uttrykk*».<sup>99</sup> Departementet antyder en viss skjerpelse i forhold til tidligere rett, men virker å kvie seg for klar tale.

Forarbeidene uttaler videre at opplysningens innehaver må ha en berettiget forventning om at opplysningen forblir hemmelig ut fra omstendighetene som foreligger, og de tiltak som er foretatt.<sup>100</sup> Det uttales videre at kravet til «rimelige tiltak» fordrer en konkret vurdering av forholdene hos innehaveren.<sup>101</sup> Det er ikke tilstrekkelig at innehaveren selv ikke har spredt informasjonen.<sup>102</sup> Innehaver må med andre ord aktivt ha «tenkt» at opplysningen kan utgjøre en forretningshemmelighet, og gjennomført et passelig beskyttelsestiltak av den konkrete opplysningen.

I denne sammenhengen kan det stilles spørsmålstegn om en generisk merking av *alle* dokumenter som hemmelige, vil tilfredsstillende kravet om «rimelige tiltak» i forretningshemmelighetsloven § 2 (1) bokstav c. Med generisk merking menes typisk e-poster med en automatisk skapt signatur som indikerer hemmelighold, for eksempel: «Denne e-posten er konfidensiell». Det kan tenkes at en slik automatisk merking muligens ikke vil oppfylle terskelen til «rimelige tiltak» dersom terskelen settes for høyt, da det ikke er foretatt et bevisst valg fra opplysningens innehaver om å hemmeligholde innholdet. På den andre

---

<sup>99</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 6, 22 og 119.

<sup>100</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 119.

<sup>101</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 119.

<sup>102</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 119.

siden er det imidlertid klart at det faktisk er gjennomført et beskyttelsestiltak. Hvorvidt det konkrete beskyttelsestiltaket er tilstrekkelig må uansett vurderes med utgangspunkt i hvordan driften er innrettet og hvilke risikofaktorer det er naturlig å iverksette tiltak mot.<sup>103</sup>

Forarbeidene antyder at vurderingstemaet i likhet med tidligere rett skal være gjenstand for skjønn og at konklusjonen bør ligge i en konkret helhetsvurdering.

En for høy terskel vil høyst sannsynlig føre til at flere virksomheter - og da særlig de mindre ressursvake virksomhetene - kan tape sitt vern for forretningshemmeligheter dersom bedriften ikke har merkantilisert opplysningen på en tilstrekkelig måte. En for høy terskel vil da kanskje særlig få negative konsekvenser for nyskapende virksomheter som bygger bedriften sin rundt et fåtall forretningsideer eller nye innovasjoner. Det foreligger få gode reelle grunner for at kravet til beskyttelsestiltak skal settes særlig høyt etter forretningshemmelighetsloven § 2. Dette trekker sterkt i retning for at terskelen bør ligge på så lavt krav som mulig. Ved å tolke «rimelige tiltak» på denne måten skapes det heller ikke eventuelle spenninger i forhold til tradisjonell rett. Dette vil være i tråd med forarbeidsuttalelsene hvor det kommer frem at bestemmelsen i all hovedsak gi samme avgrensinger som tradisjonell rett.<sup>104</sup>

Vilkåret er en rettslig standard og det foreligger få retningslinjer for når vilkåret vil anses innfridd. Med tanke på at direktivteksten bestemmelsen bygger på er elastisk, jf. «*subject to reasonable steps under the circumstances*», trekker dette sterkt i retning av at kravet til beskyttelsestiltak etter forretningshemmelighetsloven § 2 bør ligge på en terskel som enkelt er forenelig med direktivteksten. Hvordan bestemmelsen skal forstås er til syvende og sist hovedsakelig opp til EU-domstolen å avgjøre. Dette kan trolig være noe av forklaringen på hvorfor departementet ikke ønsker å uttale seg nærmere om spørsmålet. Uansett vil norsk rett måtte justere seg etter EU-domstolens uttalelser når den tid kommer.

Konklusjonen er at det foreligger et noe strengere krav til beskyttelsestiltak fra opplysningens innehaver enn hva som har fulgt av tradisjonell rett ved offentlige anskaffelser etter forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, hensyntatt forretningshemmelighetsloven § 2. Kravet til hemmelighold kan dermed fremdeles ligge i situasjonen etter en konkret helhetsvurdering.

---

<sup>103</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 119.

<sup>104</sup> Prop. 5 LS (2019-2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 26.

### 3.2.4 Krav til bedriften

Det følger av forvaltningsloven § 13 a (3) at det er et vilkår om at opplysningen ikke er «*alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig*». Det typiske eksemplet i dag på opplysninger som er allment kjent eller allment tilgjengelig er teknologi som bygger på offentlig tilgjengelig forskning, opplysninger som er tilgjengeliggjort på innehavers nettside eller kontoer på sosiale medier. I flere bransjer er det vanlig at opplysningene om for eksempel den enkelte ansatte er tilgjengelig for allmennheten gjennom bedriftens nettsider. Dette gjelder eksempelvis for diverse håndverkeryrker, revisjonsfirmaer eller forskningsinstitusjoner. Normalt vil ikke denne type aktører ha interesse av å tilbakeholde slike opplysninger da informasjon ikke vil være av kommersiell verdi å hemmeligholde. Slikt sett har vurderingen nær tilknytning til opplysningens virkning etter forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2.

Motsatt vil enkelte konsulentbransjer være mer tilbakeholdne på å dele opplysninger som angår de enkelte ansatte. Dette indikerer at det muligens anses som en ulempe i markedet at konkurrentene har tilgang til opplysninger om deres konsulenter.

At opplysninger ikke skal være allment kjent eller allment tilgjengelig skal etter forarbeidene knyttes til hva som anses som allment kjent i den aktuelle bransjen, og ikke i befolkningen generelt.<sup>105</sup> Det er klart at opplysninger som er kjent for alle eller de aller fleste aktører i bransjen ikke er beskyttet. Videre er utgangspunktet at selv om det foreligger få markedsaktører og hvor innsyn kan medføre en større økonomisk konsekvens i markedet, avskjærer ikke dette i seg selv muligheten for innsyn.<sup>106</sup> Eksempler på slike markeder er stålindustrien eller oligopol-markeder.

Vurderingstema blir mer usikker når en opplysning kan sies å være noen lunde kjent blant markedsaktørene. I et slikt tilfelle vil det foreligge usikkerhet om opplysningen kan anses som betydningsfull eller av kommersiell verdi å hemmeligholde. Her vil offentlighetshensynet og hensynene bak innsynsinstituttet tilsi at det må foretas en konkret interessevurdering av den

---

<sup>105</sup> Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 28.

<sup>106</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 174-176.



«hemmelige» opplysningen og dennes betydning for bedriften opp mot allmenhetens sterke behov for offentlighet. I et slikt tilfelle vil det være tvil om opplysningen er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde for bedriften. Den interesseavveiningen som Dragsten legger opp til i sin lovkommentar vil i større grad være hensiktsmessig ved slike tvilstilfeller.<sup>107</sup> Det samme må sies å gjelde i de bransjer hvor aktørene samarbeider tett og ofte ansetter hverandre som underleverandører. En for streng regel kan i slike tilfeller forhindre et godt samarbeid mellom markedsaktørene. Det bør derfor i slike tilfeller ses til størrelsen eller andelen av bransjen som har tilgang eller kjennskap til opplysningen.

Til forskjell fra forvaltningsloven § 13a (3) oppstiller forretningshemmelighetsloven § 2 (1) bokstav a et vilkår om at opplysningen ikke må være allment kjent eller tilgjengelig i sin helhet ut fra den enkelte bransjen, blant fagfolk innenfor det aktuelle område, og ikke for den brede allmennheten som sådan.<sup>108</sup> Opplysningene må med andre ord være foretaksspesifikke.<sup>109</sup> Vernet for forretningshemmeligheter gir ingen enerett til opplysningen, og det kan ikke oppstilles en forutsetning for at kunnskapen kun finnes i en enkel virksomhet.<sup>110</sup> Konklusjonen er at vurderingstemaets som oppstilles etter forvaltningsloven § 13a (3) hensyntatt forretningshemmelighetsloven § 2 (1) bokstav a er en innsnevring av tradisjonell rett.

## 3.3 Er opplysningstypen pris omfattet av taushetsplikten

### 3.3.1 Introduksjon

Formålet med dette underkapittelet er å illustrere den konkrete vurderingen for hvorvidt opplysningen kan underlegges taushetsplikt, eksemplifisert gjennom opplysningstypen pris. Hvilke opplysninger som kan anses som forretningshemmeligheter må vurderes konkret i den enkelte konkurranse. Opplysninger som normalt ikke oppfyller vilkårene for forretningshemmeligheter er typisk bedriftens økonomiske og administrative stilling, referanseoppdrag,<sup>111</sup> firmaattest, skatteattest, produksjonsstørrelse- og kapasitet, eventuelle

---

<sup>107</sup> Marianne Dragsten, *Anskaffelsesloven. Med forskrift*. Kommentirutgave, Universitetsforlaget, 2020 [s. 267](#), Juridika (lesedato 14. januar 2021).

<sup>108</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 20-21.

<sup>109</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 22.

<sup>110</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 22.

<sup>111</sup> Det kan oppstilles unntak for taushetsbelagte referanseoppdrag.

avtaler med underleverandører, kvalitetsstyrings- og miljøledelsessystem,<sup>112</sup> vedtak truffet av det offentlige og virksomhetens forhold til forvaltningen mm.

Når vilkårene for taushetsplikten anvendes i praksis, er det viktig å skille mellom tildelingskriterier og eventuelle kvalifikasjonskrav. Informasjon som er inngitt i tilknytning til kvalifikasjonskrav vil ofte ikke være omfattet av taushetsplikten. Slike opplysninger vil som regel ikke kunne utnyttes av konkurrentene. Eksempler på opplysninger som ofte blir stilt som kvalifikasjonskrav vil være opplysninger om bedriftens økonomi, samt bedriftens- eller de ansattes relevante erfaring og kapasitet. Dette avhenger imidlertid av hvordan kvalifikasjonskravene utformes i den enkelte konkurransen. Leverandørens svar på tildelingskriteriene vil i praksis ha økt sannsynlighet for å inneholde forretningshemmeligheter. Dette avhenger imidlertid av tildelingskriteriene som er oppstilt i den enkelte konkurransen.

Pris er valgt som eksempel da pris ofte benyttes som et tildelingskriterium ved offentlige anskaffelser. Typetilfellet er at oppdragsgiver gir anvisning på hvordan prisene skal inngis, typisk gjennom et prisskjema der ulike prismodeller benyttes. Et slikt prisskjema kan inneholde både totalpris, enhetspris, timepris, opsjoner, påslag, årlig servicepris m.m.

### **3.3.2 Vurderingen eksemplifisert gjennom opplysningstypen pris**

Tildelingskriteriet pris kan deles inn i en rekke kategorier. De vanligste kategoriene er totalpris, enhetspris, rabattordninger, påslag, innbyttepris og årlig servicepris. Hvorvidt opplysningstypen pris skal anses som en forretningshemmelighet avhenger av om opplysningen er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. Forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, hensyntatt forretningshemmelighetsloven § 2.

Prisene som kommer frem av leverandørens nettsider er ofte veiledende og er som regel ikke de samme prisene som kommer frem av leverandørens tilbud. Leverandørens prisstrategi kan dermed variere avhengig om bedriften retter seg mot store offentlige kontrakter eller mot et forbrukermarked. I de tilfeller der det er sterk konkurranse om kontrakter som jevnlig utlyses fra de samme oppdragsgiverne, vil hensynet til den enkelte leverandør og leverandørens

---

<sup>112</sup> Det kan oppstilles unntak for særskilt utviklende kvalitets-/miljøledelsessystem.

innretning være av betydning i vurderingen. Leverandørene tåler ofte at prisene synker når volumet øker og gir derfor ofte rabatter.

Det avgjørende for om en prisopplysning vil anses som en forretningshemmelighet er den konkrete prissammensetningen.<sup>113</sup> Dersom prisstrukturen innrettes slikt at de enkelte priselementer kan nedbrytes og dermed avsløre sensitive strategier eller driftsforhold - som ikke er allment kjent – vil kravet anses som oppfylt. Skadevirkningen ved slike tilfeller kan mer eller mindre inntre umiddelbart eller i nær fremtid, og dermed påvirke fremtidig strategisk planlegging. Det vil i det følgende ses nærmere på priskategoriene totalpris og enhetspris, samt hvorvidt kjennskap til disse opplysningene kan påvirke konkurransen.

Totalpris vil være sluttsummen av de mange enhetspriser, rabattpriser, delpriser m.m. i en konkurranse. Klagenemnda og underrettspraksis har lagt til grunn at totalpris som utgangspunkt ikke anses som en forretningshemmelighet.<sup>114</sup> Begrunnelsen ligger i at totalprisen som utgangspunkt ikke kan gjenbrukes i en senere konkurranse. Kravet til konkurransemessig betydning anses derfor ikke som oppfylt, jf. forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 hensyntatt forretningshemmelighetsloven § 2 (1) bokstav b. Regelen er imidlertid ikke unntaksfri. Et unntak vil være der den samme konkurransen blir lyst ut igjen med tilsvarende konkurransegrunnlag, jf. Justisdepartementets lovavdeling av 20. januar 2011 s. 8 hvor det uttales:

*«Dersom ein konkurranse skal lysast ut på nytt vil òg prisar, økonomiske prognosar og annan informasjon som berre er relevant for den aktuelle saka, kunne vere omfatta av teieplikt. Andre tilbydarar vil elles kunne tilpasse sine tilbod etter dei aktuelle opplysningane.»*

I dette tilfellet vil totalprisen kunne gjenbrukes i bedriftens virksomhet. Offentlighet rundt totalprisen vil her være egnet til å påvirke leverandøren økonomisk ved at konkurrentene kan tilpasse sine tilbudspriser. Dette forutsetter at tilbyder blir gjort oppmerksom på de konkrete forhold som kan føre til at konkurransen avlyses og at konkurransen kunngjøres på nytt.<sup>115</sup> En ren hypotetisk mulighet for at konkurransen kunngjøres på nytt, kan ikke anses som tilstrekkelig for beskyttelse da dette vil medføre en klar svekkelse av innsynsretten.

---

<sup>113</sup> Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 s. 22.

<sup>114</sup> Se KOFA sine avgjørelser i 2007/20, 2007/104, 2008/87, 2008/208, 2010/294, 2011/154. Se også LF-2008-82111 (Frostating lagmannsrett – Kjennelse), LF-2012-133448 (Frostating lagmannsrett – Kjennelse) og LB-2015-1311 (Borgarting lagmannsrett – Kjennelse).

<sup>115</sup> Se KOFA-2012/9 avsnitt 55.

Et annet unntak oppstilles for de tilfeller der totalprisen består av få enhetspriser. Ved slike tilfeller vil det være mulig å beregne prisen på de enkelte enhetspostene.<sup>116</sup> Dette er imidlertid kun et utgangspunkt.

Enhetspriser vil derimot antas å falle inn under taushetsplikten på grunn av den konkrete overføringsverdien til øvrige konkurranser.<sup>117</sup> Begrunnelsen ligger i at leverandøren kan benytte informasjonen ved beregning av sitt pristilbud ved tilsvarende konkurranser. Leverandøren kan på denne måten få et konkurransefortrinn som leverandøren ellers ikke ville hatt.<sup>118</sup> Kjennskap til enhetspriser vil kunne avsløre for eksempel hvilke rabatter som er gitt, samt andre strategiske forhold rundt tilbudet som leverandøren har behov for å hemmeligholde. Kjennskap til strategiske prisdetaljer kan klart utnyttes av konkurrenter og offentlighet rundt opplysningstypene kan dermed føre til negative økonomiske konsekvenser for opplysningens innehaver. Dette beror imidlertid på en nærmere konkret vurdering av det vilkårene oppstilt i forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 hensyntatt forretningshemmelighetsloven § 2.

Ethvert pristilbud vil til en viss grad være skreddersydd til den enkelte anskaffelse. Sivilombudsmannen har i sak SOM-2018/3891 med henvisning til SOM-2010/65 uttalt at en i den konkrete vurderingen må undersøke hvor unikt pristilbudet er. Er leverandørens pristilbud spesialtilpasset den enkelte anskaffelse, vil offentlighetshensynet og den konkurransemessige verdien av å hemmeligholde opplysningen tilsi en mindre grad av sannsynlighet for at konkurrentene kan utnytte prisopplysningen ved inngåelse av øvrige eller lignende kontrakter.<sup>119</sup>

Dragsten uttaler at offentliggjøring av enhetspriser bør foreligge i de tilfeller prisen på produktet er i stadig endring.<sup>120</sup> Offentliggjøring av enhetsprisen forutsetter da at offentliggjøringen ikke er egnet til å avsløre strategiske forhold som kan utnyttes av konkurrentene – også på et senere tidspunkt.<sup>121</sup> Offentliggjøring av enhetsprisen bør også foreligge i de tilfeller der konkurransesituasjonen har endret seg slikt at offentliggjøring ikke

---

<sup>116</sup> Se KOFA sine avgjørelser i 2008/87 og KOFA-2015/143.

<sup>117</sup> Se KOFA-2005/201.

<sup>118</sup> Se tilsvarende for timerater i KOFA-2020/666 avsnitt 36.

<sup>119</sup> Se Dragsten (2013) s. 254 og Goller (2017) s. 254.

<sup>120</sup> Marianne Dragsten, *Anskaffelsesloven. Med forskrift*. Kommentartutgave, Universitetsforlaget, 2020 [s. 271](#), Juridika (lesedato 13. april 2021).

<sup>121</sup> Ibid.

lengre kan gi konkurrentene en konkurransefordel på bekostning av leverandøren, jf. SOM-2009/1960.

Tidsmomentet står dessuten sentralt i helhetsvurderingen av om opplysningen skal offentliggjøres. En eventuell offentliggjøring av leverandørens enhetspris vil som regel være av mindre konkurransemessig betydning å hemmeligholde jo lengre tid som har gått.<sup>122</sup>

Oppsummert står opplysningskategorien «pris» i en særstilling. Leverandørens totalpris vil i de fleste tilfeller ikke anses som en forretningshemmelighet. Det motsatte utgangspunkt vil gjelde for leverandørens enhetspris.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> Se eksempelvis KOFA-2008-62.

## 4 Oppsummering og avsluttende betraktninger

Avhandlingen har forsøkt å gi en analyse av rekkevidden og omfanget til taushetsplikten ved offentlige anskaffelser og forretningshemmelighetslovens indirekte betydning ved tolkningen av taushetspliktreglene.

Når det gjelder den konkrete vurderingen av hvilke opplysninger som anses som forretningshemmeligheter, må en etter vedtagelsen av forretningshemmelighetsloven se til forretningshemmelighetsloven § 2 som retningsgivende tolkningsmoment ved tolkningen av forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4. Som en konsekvens kan ikke kravet om opplysningens art lengre opprettholdes. Opplysninger som tradisjonelt har vært ansett for å falle utenfor vernet kan derfor i teorien underlegges taushetsplikt. Den sentrale avgrensingen ligger dermed i hvorvidt den konkrete opplysningen vil være av kommersiell verdi for virksomheten å hemmeligholde, og om virksomheten har truffet rimelige beskyttelsestiltak for å holde opplysningen hemmelig. Forretningshemmelighetslovens ikrafttredelse medfører med dette en indirekte utvidelse av tradisjonell rett, men som i større grad er i tråd med formålet bak forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4, herunder beskyttelse av konkurransen.

Videre medfører definisjonen i forretningshemmelighetsloven § 2 (1) bokstav c en skjerpelse av aktsomhetsnivået for leverandørene ved offentlige anskaffelser. Som en konsekvens bør leverandørene i større grad vurdere hvorvidt særlig sensitive detaljer skal inkluderes i tilbudet. Dersom leverandøren ikke foretar en konkret vurdering for hvorvidt den enkelte opplysning kan utgjøre en forretningshemmelighet, vil risikoen være at opplysningen ikke nyter vern etter forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2, jf. FOA § 7-4 hensyntatt forretningshemmelighetsloven § 2.

På den andre siden har oppdragsgivere en selvstendig plikt til å vurdere hvorvidt den enkelte opplysning vil utgjøre en forretningshemmelighet. I praksis vil det være meget vanskelig for oppdragsgiver å holde oversikt over hvilke beskyttelsestiltak tilbyder har foretatt. En måte for oppdragsgiver å ivareta leverandørens næringsinteresser, vil være å oppstille et konkret spørsmål i konkurransegrunnlaget om hvilke opplysninger leverandøren anser som forretningshemmeligheter. Dermed vil oppdragsgiver «tvinge» leverandørene til å være bevisst på hvilke opplysninger de velger å ta med i sitt tilbud. Leverandøren vil på denne måten bevisstgjøre oppdragsgiver på hvilke opplysninger hen anser som fortrolige. Dette vil

dessuten styrke tillitsforholdet samt skape en tydeligere dialog mellom leverandør og oppdragsgiver.

Slik regelverket nå er utformet, medfører rettstilstanden at oppdragsgivere må bruke et stort antall arbeidstimer i hver enkelt anskaffelse hvor det bes om innsyn i alle opplysninger i øvrige innkomne tilbud. Det kan dermed stilles spørsmålstegn til om det burde oppstilles konkrete prosessrettslige regler for begjæring av innsyn ved offentlige anskaffelser, herunder at leverandør må konkretisere hva de trenger innsyn i. Regelverket fremstår nå som unødvendig kostbart til tross for avklaringer i regelverket etter forretningshemmelighetsloven ikrafttredelse. Leverandørens interesser er godt ivaretatt etter regelverket, og forretningshemmelighetsloven § 2 medfører en avklaring til mange av usikkerhetene tilknyttet dagens regelverk. Behovet for beskyttelse og innsyn blir i stor grad imøtegått av dagens regelverk.

Avslutningsvis vil jeg komme med en bemerkning til Forvaltningslovutvalgets forslag til ny forvaltningslov.<sup>124</sup> I forslaget fremkommer det at *«[u]tvalget har vurdert om bestemmelsen om taushetsplikt om forretningshemmeligheter bør utformes på samme måte [som forretningshemmelighetsloven § 2], men har blitt stående ved at forvaltningsloven bør bygge på en enklere modell. De momentene som nevnes i definisjonen [...] vil likevel ha betydning også etter forvaltningsloven, og det må antas at de stort sett vil lede til samme resultater»*.<sup>125</sup> Utvalget virker ikke å ha tatt særlig betraktning til at dagens forvaltningslov også regulerer innsyn ved offentlige anskaffelser, jf. FOA § 7-4. Dersom Stortinget vedtar en ny forvaltningslov som bygger på en enklere modell slik lovutvalget forutsetter, blir likevel konsekvensen at forretningshemmelighetsloven § 2 blir et vektig tolkningsmoment for hvilke opplysninger som anses som forretningshemmeligheter etter anskaffelsesretten. At lovutvalget antar at resultatet stort sett vil lede til samme resultater, vil imidlertid tyde på at forretningshemmelighetsloven § 2 vil ha en mindre fremtredende rolle ved en eventuell vedtagelse av en ny forvaltningslov. En kan da anta at bestemmelsen kun vil anvendes som retningsgivende tolkningsmoment ved tvilstilfeller.

---

<sup>124</sup> NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov — Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven).

<sup>125</sup> Ibid. s. 289.

# 5 Litteraturliste

## EU/EØS-rettskilder og internasjonale rettskilder

### Direktiver og internasjonale avtaler

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS-avtalen.

Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts (Text with EEA relevance).

Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC Text with EEA relevance.

Directive 2016/943/EU: Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure.

Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts.

### EU-domstolen

C-1/11 *Interseroh Scrap and Metals Trading*, ECLI:EU:C:2012:194.

C-324/98 *Telaustria and Telefonadress*, ECLI:EU:C:2000:669.

C-450/06 *Varec*, ECLI:EU:C:2008:91.

C-465/17 *Falck Rettungsdienste GmbH and Falck A/S v Stadt Solingen*, ECLI:EU:C:2019:234.

C-633/16 *Ernst & Young*, ECLI:EU:C:2018:371.

### EU-Kommisjonens beslutninger

COMMISSION DECISION of 10 December 2003 relating to a proceeding under Article 81



of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/E-2/37.857 — Organic peroxides): [Document 32005D0349](#).

### **EØS-Kommisjonens beslutninger**

EØS-komiteen [beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019](#).

### **Underretten**

Joined Cases T-339/10 and T-532/10, ECLI:EU:T:2013:38.

T-356/94 *Postbank v. Commision*, ECLI:EU:T:1996:136.

### **Øvrige kilder**

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, IMPACT ASSESSMENT, Accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure: [Document 52013SC0471](#).

## **Norske rettskilder**

### **Avgjørelser fra Høyesterett**

Rt. 2005 s. 597 (Norges Høyesterett – Kjennelse).

Rt. 2006 s. 129 (Høyesteretts kjæremålsutvalg – Kjennelse).

Rt. 2007 s. 1841 (Norges Høyesterett – Kjennelse).

Rt. 2007 s. 234 (Norges Høyesterett – Dom).

### **Avgjørelser fra underrettene**

LB-2015-1311 (Borgarting lagmannsrett – Kjennelse).

LB-2016-69346 (Borgarting lagmannsrett – Kjennelse).

LF-2008-82111 (Frostating lagmannsrett – Kjennelse).

LF-2012-133448 (Frostating lagmannsrett – Kjennelse).

### **Forarbeider**

NOU 2003:30 Ny offentlighetslov.

NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov - Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)

Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) Om lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova).

Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) Om lov om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven).

Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m.m.).

Ot.prp. nr. 4 (1981–1982) Om lov om endringer i lov 19 juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen m.m.

Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) Lov om markedsmisbruk.

Prop. 5 LS (2019–2020) nr. 91/2019 av 29. mars 2019 Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet).

### **Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)**

KOFA-2005/201.

KOFA-2007/104.

KOFA-2008/62.

KOFA-2008/87.

KOFA-2010/294.

KOFA-2011/105.

KOFA-2011/154.

KOFA-2015/143.

KOFA-2017/78.

KOFA-2020/666.

### **Lover og forskrifter**

EØS-avtalen inntatt ved Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) - LOV-1992-11-27-109.

Forretningshemmelighetsloven - LOV-2020-03-27-15.

Forskrift om offentlige anskaffelser - FOR-2016-08-12-974.

Forvaltningsloven - LOV-1967-02-10.

Lov om offentlige anskaffelser - LOV-1999-07-16-69.

Offentleglova - LOV-2006-05-19-16.

Tvisteloven - LOV-2005-06-17-90.

### **Sivilombudsmannens uttalelser**

SOM-2009/1960.

SOM-2010/65.

SOM-2018/3891.

## **Litteratur**

### **Artikler**

Ginter (2013)

- Carri Ginter, Nele Parrest, Mari Ann Simovart, [\*Access to the content of public procurement contracts: the case for a general EU-law duty of disclosure\*](#). P.P.L.R. 2013. Issue 4. (lesedato 5. februar 2020).

Hovland

- Hovland, Lenart: *Innsynskrav: Ingen lysning i sikte for innkjøpernes arbeidspress* 1. oktober 2020 (lesedato 2. februar 2020).

## Bøker

### Arrowsmith (2014)

- Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement, regulation in the EU and UK*: Vol. 1, third edition, London, Sweet & Maxwell, (2014).

### Dragsten (2013)

- Dragsten, Marianne H. *Offentlige anskaffelser: regel- verk, praksis og løsninger*, 1. utgave, Oslo. Universitetsforlaget (2013).

### Eckhoff & Smith (2014)

- Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 10 utgave, Universitetsforlaget (2014).

### Fredriksen og Mathisen (2018)

- Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3 utgave, Oslo, Fagbokforlaget (2018).

### Goller (2017)

- Goller, Morten mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utgave, 2 opplag, Oslo. Gyldendal juridisk (2017).

### Graver (2019)

- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5 utgave, Oslo. Universitetsforlaget (2019).

### Irgens-Jensen (2010)

- Harald Irgens-Jensen: *Bedriftens hemmelighet og rettighet? Immaterialrett, kontraktsrett og konkurranserett møtes*, Oslo, Universitetsforlaget (2010).

Lunde/Michaelsen (2019)

- Lunde/Michaelsen: *Markedsføringsloven med kommentarer*, Oslo, Gyldendal juridisk (2019).

Whish & Bailey (2018)

- Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, ninth edition, Oxford, Oxford University Press (2018).

### **Justisdepartementets tolkningsuttalelser**

Justisdepartementets [tolkningsuttalelse av 20. januar 2011](#), (lesedato 17 februar 2021).

### **Lovkommentarer**

Marianne Dragsten, *Anskaffelsesloven Med forskrift*. Kommentarutgave, Universitetsforlaget, 2020 Juridika: <https://juridika.no/fagbok/anskaffelsesloven/1>

### **Nettsteder**

Regjeringen: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2006/nov/klage--og-handhevelsesdirektiv/id2432302/> (lesedato 03.02.2021).

Regjeringen: <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige--anskaffelser-/id2511781/> (Lesedato 4.01.2020).

Regjeringen <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2019-5/id2632006/?ch=51> (Lesedato 4.01.2020).

### **Veiledere**

Taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt. En veileder, Justis- og beredskapsdepartementet, februar 2021,

<https://www.regjeringen.no/contentassets/2f0aa4fc39004edba35b8027fe80be16/veileder-om-taushetsplikt-opplysningsrett-og-opplysningsplikt.pdf>, (lesedato 20.04.2021).

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften), Nærings og fiskeridepartementet, april 2018 <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/?ch=1>, (Lesedato 4.01.2020).