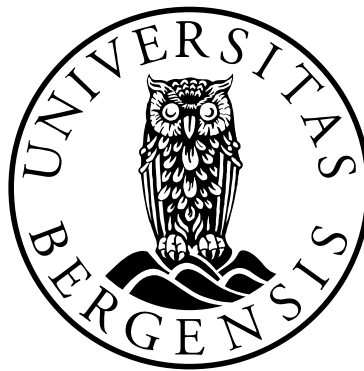


Når kan retten kreve
forretningshemmeligheter ført som
bevis?

*En analyse av vilkåret «påkrevd» i tvisteloven §
22-10 andre punktum*

Kandidatnummer: 114

Antall ord: 14 350



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2022

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	2
1.1	Tema og problemstilling	2
1.2	Avgrensning av oppgaven	3
1.3	Rettskildebildet og metodisk tilnærming	3
1.4	Fremstillingen videre.....	6
2	Hvorfor verner norsk sivilprosess om forretningshemmeligheter?	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Begrepet «forretningshemmelighet» i sivilprosessen	7
2.3	Begrunnelsen bak vernet av forretningshemmeligheter i norsk sivilprosess	8
3	EØS-rettens påvirkning på bevisføring av forretningshemmeligheter i sivilprosessen.....	12
3.1	Innledning.....	12
3.2	EØS-rettens påvirkning	13
4	Vilkåret «påkrevd»	18
4.1	Innledning.....	18
4.2	Bevisets verdi	19
4.3	Partene er konkurrenter	24
4.4	Informasjonens alder	31
4.5	Avhjelpende tiltak sin betydning for rettens avgjørelse.....	34
5	Avsluttende bemerkninger	41
	Kilderegister	42

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er bevisføring av forretningshemmeligheter i sivilprosessen. Forretningshemmeligheter er gjerne sensitive opplysninger av stor betydning for virksomheten og dens drift,¹ og som av denne grunn ønskes holdt innad i virksomheten.

Forretningshemmeligheter er i norsk sivilprosess vernet gjennom lov 17. juni nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 22-10. Etter bestemmelsens første punktum «[kan] en part eller vitne [...] nekte å gi tilgang til bevis som ikke kan gjøres tilgjengelig uten å røpe en forretningshemmelighet». Etter andre punktum «kan» imidlertid retten, dersom den etter en «avveining finner det påkrevd» likevel «gi pålegg om at beviset skal gjøres tilgjengelig».

Tvisteloven § 22-10 er et bevisfritak.² Dette innebærer at bestemmelsen som utgangspunkt er et unntak fra reglene om at alle relevante og proporsjonale bevis kan og skal fremlegges av partene.³ Som følge av regelens karakter som bevisfritak vil den kun komme til anvendelse i de tilfeller den påberopes av en part eller et vitne.⁴ Dette innebærer at retten ikke vil ta stilling til § 22-10 på eget initiativ.

Dersom § 22-10 påberopes skal «forretningshemmelighet[en]» som utgangspunkt etter første punktum ikke inngå i partenes bevisføring. Likevel gjelder ikke dette dersom retten etter en avveining finner det «påkrevd» å føre beviset. En alminnelig forståelse av ordlyden «påkrevd» tilsier at retten kan føre en forretningshemmelighet, dersom de finner dette nødvendig for sakens opplysning. Dette innebærer at retten er gitt en mulighet til å pålegge føring av beviset dersom de anser dette nødvendig for å komme frem til korrekt konklusjon i saken.⁵ Samtidig viser ordlyden «påkrevd» at terskelen for bevisføring av

¹ Skoghøy (2017) s. 811.

² Skoghøy (2017) s. 810–811.

³ Jf. lov 17. juni nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) §§ 21-3 til 21-5 og §§ 21-7 og 21-8.

⁴ Skoghøy (2017) s. 800 og 811.

⁵ Sml. med tvl. § 1-1 første ledd: «Loven skal legge til rette for en rettførdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av retts tvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler. Loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene».

forretningshemmeligheter er høy. Det må derfor foreligge gode grunner for at en forretningshemmelighet skal føres som bevis.

Oppgavens problemstilling har sitt grunnlag i tvistelovens § 22-10 andre punktum. Avhandlingen skal gjennomføre en analyse av vilkåret «påkrevd», med formål om å redegjøre for når bevisføring av en forretningshemmelighet er «påkrevd», og hvordan denne vurderingen gjøres.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Oppgavens kjerne er når retten skal gi pålegg om å føre en forretningshemmelighet som bevis i sivilprosessen. Det vil av disse grunner ikke gjøres en redegjørelse av forretningshemmeligheters generelle vern mot misbruk. Det vil videre heller ikke gjøres noen grundig redegjørelse av tvisteloven § 22-10 første punktum. Første punktum vil kun enkeltvis trekkes inn der dette er nødvendig for forståelsen av § 22-10 andre punktum.

Oppgaven forutsetter videre at det foreligger en «forretningshemmelighet», da anvendelse av tvisteloven § 22-10 andre punktum forutsetter at det foreligger en opplysning som faktisk kvalifiserer til å falle innunder «forretningshemmelighet».⁶ Det vil av disse grunner ikke foretas en omfattende vurdering av når en opplysning er å karakterisere som en «forretningshemmelighet» etter § 22-10. Samtidig er det innledningsvis nødvendig å kort redegjøre for hvilken type informasjon som ofte karakteriseres som «forretningshemmelighet» i sivilprosessen og hvorfor det vernes om denne informasjonen, da dette danner et bakteppe for resten av avhandlingen.

1.3 Rettskildebildet og metodisk tilnærming

Den nåværende tvisteloven § 22-10 erstattet ved ikraftsettelsen 1. januar 2008 den tidligere lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) § 209. Paragraf 22-10 andre punktum svarer imidlertid til den tidligere § 209 andre ledd,⁷ og var ikke ment å medføre noen endring i rettspraksis. Den eneste lovtekniske endringen § 22-10 medførte var at bestemmelsen nå skulle komme til anvendelse på både parts- og vitneforklaringer, og «som begrensning i plikten til å fremlegge dokumenter eller gi tilgang til andre realbevis etter § 26-

⁶ Følger av en alminnelig forståelse av ordlyden i tvl. § 22-10.

⁷ NOU 2001:32 s. 963.

5».⁸ Rettspraksis tilhørende den tidligere tvistemålsloven § 209 andre ledd, er derfor fortsatt relevant i forståelsen av tvisteloven § 22-10 andre punktum.

Dersom retten gir pålegg etter § 22-10 følger det av tvisteloven § 22-12 tredje ledd at retten «skal [...] pålegge de tilstedeværende taushetsplikt og forbud mot bruk av en forretningshemmelighet som kan utledes av beviset». Videre «kan» retten bestemme at «muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører» samt i «særlige tilfeller» legge begrensninger på «partenes adgang til å benytte rettslige medhjelpere etter § 3-7». Bestemmelsen reiser dermed krav om tiltak ved anvendelse av § 22-10. Følgene er det naturlig at bestemmelsen vies noe plass i avhandlingen.

Utover tvisteloven er også direktiv om forretningshemmeligheter, direktiv 2016/943/EU (forretningshemmelighetsdirektivet) av relevans for avhandlingen.⁹ Direktivet regulerer vern av forretningshemmeligheter på EU/EØS-nivå. Direktivet ble tatt inn i EØS-avtalen gjennom EEA Joint Committee (EØS komitéen) sin avgjørelse NO. 91/2019, og primært gjennomført i norsk lovgivning gjennom lov 27. mars 2020 nr. 15 om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven).¹⁰ Forretningshemmelighetsloven trådte i kraft 1. januar 2021. Gjennomføringen av direktivet medførte imidlertid også enkelte endringer i tvisteloven §§ 22-10 og § 22-12,¹¹ ikraftsatt 1. januar 2021. Det er følgelig naturlig at avhandlingen også ser til om direktivet setter føringer for rettens vurdering av om forretningshemmeligheter skal føres som bevis.

Når det gjelder øvrige rettskilder tilknyttet den vurderingen retten må gjøre etter tvisteloven § 22-10 andre punktum, foreligger det utover rettspraksis lite å hente. Eksempelvis går de forberedende forarbeidene til tvisteloven i liten grad inn på hvordan bestemmelsen skal forstås. Det er imidlertid i forbindelse med lovendringen gjeldende fra 1. januar 2021 tatt inn enkelte relevante uttalelser for forståelsen av §§ 22-10 og 22-12 i forarbeidene til

⁸ Schei mfl. (2022), *Tvisteloven: kommentarutgave*, bekreftet à jour per 1. september 2022, kommentar til § 22-10 note 1.

⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2016/943/EU av 8. juni 2016 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse.

¹⁰ Prop. 5 LS (2019–2020) s. 5.

¹¹ Prop. 5 LS (2019–2020) s. 129.

forretningshemmelighetsloven.¹² Det er derfor naturlig at proposisjonen trekkes inn der den er relevant.

Det er også skrevet lite utdypende om temaet i juridisk teori. Videre behandles saker om bevisføring etter tvisteloven § 22-10 gjerne kun av ankeutvalget dersom disse kommer til Høyesterett, noe som ofte resulterer i knappe begrunnelser. En inngående drøftelse av temaet er derfor krevende. Likevel illustrer mangelen på inngående analyser av tvistelovens § 22-10 andre punktum at det både foreligger et behov for, og er viktig at temaet forskes på.

Av tidligere forskning på området er jeg kjent med Monia Fleischer Ben Soltane sin doktoravhandling om *Forretningshemmelighedens retsværn* fra 2021. Avhandlingen tar for seg forandring, forankring og fremtidsperspektiver knyttet til forretningshemmeligheter i dansk rett. Den er likevel av interesse i tilknytning til forståelsen av direktiv 2016/943/EU, samt i den grad de hensyn og argumenter hun trekker frem har relevans og overføringsverdi for min problemstilling. Videre skrev Christina Helgesson sin doktoravhandling om temaet i 2000. Avhandlingen ved navnet *Affärshemligheter i samtid och framtid* tar for seg temaet i svensk rett. Jeg har imidlertid valgt å primært se til Ben Soltane sin avhandling. Dette har bakgrunn i at denne er nyere, samt at den gir en god redegjørelse av forretningshemmelighetsdirektivet.

Avhandlingen tar utgangspunkt i en de lege lata vurdering, med utgangspunkt i en rettsdogmatisk metode.¹³ Sentralt i vurderingen står Høyesterettspraksis og den vurderingen retten gjør i tilknytning spørsmålet om et bevis som inneholder en eller flere forretningshemmeligheter skal føres. De fleste rettsavgjørelsene som blir anvendt i avhandlingen er kjennelser fra Høyesteretts ankeutvalg, hvor retten tar selvstendig stilling til om bevis som inneholder en forretningshemmelighet skal føres for retten i hovedrettssaken.¹⁴ Jeg har imidlertid underveis i skriveprosessen erfart at det tidvis er knapt med praksis fra Høyesterett som illustrerer de momentene jeg trekker frem. Jeg vil i disse tilfellene supplere argumentene med lagmannsrettspraksis. Dette gjøres med den hensikt å skape en balansert fremstilling og skape støtte for mine argumenter. Det må imidlertid poengteres at avgjørelser fra lagmannsretten ikke utgjør prejudikater, og dermed har en lavere rettskildeverdi enn avgjørelser fra Høyesterett. Monsen uttaler imidlertid at underrettspraksis ved avgjørelsen av

¹² Prop. 5 LS (2019–2020) 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).

¹³ Graver (2008), s. 149–178.

¹⁴ Med hovedrettssaken menes den primære tvisten mellom partene, eksempelvis et erstatningssøksmål.

retts spørsmål «i større eller mindre grad [kan] være egnet til ivaretagelse av hensynet til forutberegnelighet».¹⁵ Like tilfeller skal behandles likt, og av hensyn til borgernes innrettelse og tillit til rettsanvendelsen er det nærliggende at underrettspraksis kan være av relevans i avgjørelsen. At lagmannsrettspraksis kan ha argumentasjonsverdi i den grad rettens argumentasjon er god må derfor legges til grunn. Særlig i de tilfeller hvor underrettens argumentasjon har gode grunner for seg, og det foreligger mangel på rettspraksis fra Høyesterett.

I tilknytning bruk av rettspraksis må det også påpekes at det for rettsanvenderen tidvis kan være krevende å ta stilling til om det er korrekt å gi innsyn i en forretningshemmelighet. En forretningshemmelighet er gjerne en samling av tekniske, økonomiske, medisinske og lignende dokumenter,¹⁶ og det er derav ofte snakk om opplysninger jurister av naturlige grunner har lite kunnskap om. Dette avhjelpest riktignok ofte ved at forberedende dommer kan gis tilgang til dokumentet.¹⁷ Likevel kan den dømmende rett fortsatt, uavhengig av hva forberedende dommer kom frem til endre avgjørelsen under hovedforhandling dersom de anser dette nødvendig.¹⁸ Dersom dette gjøres reiser det seg imidlertid spørsmål om inhabilitet hos den forberedende dommeren etter lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven) § 108.¹⁹ Når det foreligger inhabilitet vil imidlertid av naturlige grunner ikke utdypes ytterligere i denne avhandlingen.

1.4 Fremstillingen videre

I kapittel 2 gir jeg en oversikt over hvorfor forretningshemmeligheter har et vern i norsk sivilprosess. Siktemålet er å redegjøre for de hensyn som ligger bak vernet og hvorfor norsk rett verner om forretningshemmeligheter i sivilprosessen. I kapittel 3 tar jeg for meg hvorvidt EØS-retten setter føringer for rettens vurdering av om en forretningshemmelighet skal føres som bevis. Før jeg i kapittel 4 foretar en analyse av vilkåret «påkrevd» i tvisteloven § 22-10 andre punktum, herunder de momenter som inngår i vurderingen og hvordan vilkåret skal forstås. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 5 gi noen korte avsluttende bemerkninger knyttet til den vurderingen som er gjort.

¹⁵ Monsen (2012) s. 39.

¹⁶ Soltane (2021) s. 16.

¹⁷ Skoghøy (2017) s. 856–857.

¹⁸ Skoghøy (2017) s. 857.

¹⁹ Skoghøy (2017) s. 856.

2 Hvorfor verner norsk sivilprosess om forretningshemmeligheter?

2.1 Innledning

Den tradisjonelle oppfatningen av begrepet «forretningshemmelighet» er gjerne at dette knytter seg til konkurransesensitiv informasjon og opplysninger en bedrift ønsker å holde skjult fra offentligheten og som er av økonomisk verdi for virksomheten.²⁰ Informasjonen er gjerne av stor betydning for virksomheten og dens drift.²¹ En forretningshemmelighet kan utgjøre selve byggeklossen til virksomheten, men også kun inneholde sensitive opplysninger knyttet til enkelte deler av driften. Det fremstår dermed ikke overraskende at virksomheten ønsker å beskytte denne typen opplysninger, og strekker seg langt for å ivareta hemmeligholdet. Eksempelvis vil et skadepotensiale kunne være nokså stort dersom en konkurrent får innsyn i en forretningshemmelighet.²²

Dette kapittelet skal redegjøre for de hensyn som ligger bak vernet av forretningshemmeligheter i norsk sivilprosess. Redegjørelsen er nødvendig da hensynene som ligger bak vernet er til hjelp for å forstå hvorfor bevisføring av forretningshemmeligheter må være «påkrevd», jf. tvisteloven § 22-10 andre punktum. Kapittelet innledes ved å kort knytte noen bemerkninger til forståelsen av «forretningshemmelighet» i tvisteloven § 22-10 da dette danner et bakteppe for videre gjennomgang.

2.2 Begrepet «forretningshemmelighet» i sivilprosessen

Uttrykket «forretningshemmelighet» erstattet det tidligere uttrykket «forretnings- eller driftshemmeligheter» i tvisteloven § 22-10 ved lovendring gjeldende fra 1. januar 2021.²³ Endringen var en modernisering, gjort i tråd med ny lovgivning om vern av forretningshemmeligheter.²⁴ Det ble imidlertid presisert at endringen ikke var ment å endre

²⁰ Soltane (2021) s. 16.

²¹ Skoghøy (2017) s. 811.

²² Skoghøy (2017) s. 812.

²³ Prop. 5 LS (2019–2020) s. 129.

²⁴ Mer om dette i kapittel 3.

gjeldende rett.²⁵ «[F]orretningshemmelighet» skal med det forstås på samme måte som det tidligere uttrykket «forretnings- eller driftshemmelighet».²⁶

Skoghøy gir en god oppsummering av hvordan begrepet skal forstås i norsk sivilprosess. Med bakgrunn i Rt-2009-1103 trekker han frem at en opplysning vil utgjøre en hemmelighet dersom «den er så lite kjent utenfor bedriften at det er av konkurransemessig betydning å holde opplysningen hemmelig».²⁷ Videre omfatter forretnings- og driftshemmeligheter informasjon om «tekniske metoder, kunnskaper og systemer», samt de «markedsmessige opplysninger og andre opplysninger av betydning for omsetningen i virksomheten, for eksempel opplysninger om innkjøpskilder, kundekrets mv».²⁸

Det sentrale er med det at sivilprosessen, herunder § 22-10 som utgangspunkt verner om informasjon med sensitiv karakter av stor betydning for bedriften, og som bedriften har gode grunner for å hemmeligholde.

2.3 Begrunnelsen bak vernet av forretningshemmeligheter i norsk sivilprosess

Begrepet forretningshemmelighet er et godt forplantet begrep i norsk rett og har vært vernet i norsk sivilprosess i lengre tid. Forretningshemmeligheter oppnådde et vern i sivilprosessen allerede gjennom den tidligere tvistemålsloven av 1915.²⁹ At vernet har vært lovfestet i lengre tid viser at lovgiver ønsker å verne om denne typen informasjon. Det skal i det følgende begrunnes hvorfor.

Som følge av en forretningshemmelighet sin sensitive karakter vil et tap av denne kunne medføre store konsekvenser for en virksomhet.³⁰ Dette illustreres av prop. 5 LS (2019–2020) s. 25. I redegjørelsen av tvisteloven § 22-10 trekker forarbeidene blant annet frem Rt-1998-1624. I dommen var spørsmålet om Norsk Folkemuseums vaktrutiner, alarmsystemer og sikkerhetsopplegg var dekket av bevisfritaket.³¹ Ved å gjøre disse kjent ville museet utsettes for en betydelig sikkerhetsrisiko, og bevisføring kunne derfor ikke tillates. Risikoen for

²⁵ Prop. 5 LS (2019–2020) s. 129.

²⁶ Ibid.

²⁷ Skoghøy (2017) s. 811.

²⁸ Ibid.

²⁹ Jf. lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) § 209.

³⁰ Sml. med punkt 2.2.

³¹ Se punkt 4.2 for nærmere gjennomgang av dommen.

uønskede følger var for stor, og avsløringen i form av bevisføringen kunne skape en urimelig og uheldig risiko for forretningshemmelighetens eier.

Videre trekker Soltane i sin avhandling frem at et manglende vern av forretningshemmeligheter vil kunne resultere i «snylteri» og at det gjøres profitt på andres ideer.³² Snylteri motarbeider sunne konkurranseholdninger, og vil i det lengre løp medføre et minsket initiativ til utvikling av eksisterende og nye idéer. Dersom utviklingen til en virksomhet og det som hviler bak denne blir avslørt, vil lagt på vei den grunnleggende motivasjonen for å drive denne typen arbeid falle bort.

De samme hensynene trekkes frem i fortalen til forretningshemmelighetsdirektivet. Fortalens punkt 4 uttaler at «[u]lovlig erhvervelse, bruk eller videregivelse af en forretningshemmelighed hindrer retmæssige forretningshemmelighedshavere i at opnå de fordele af deres innovationsrelaterede bestræbelser». Misbruk vil medføre at forretningshemmelighetens rettmessige eier ikke vil oppnå de fordeler vedkommende har fortjent som følge av det arbeidet som er lagt ned. Ved å trekke linjer mot norsk sivilprosess tilsier dette at en avsløring gjennom pålegg om bevisføring, hvor motparten får innsyn i hemmeligheten som igjen medfører en reell sjanse for misbruk, kan resultere i at den rette innehaver ikke får den utnyttelsen av forretningshemmeligheten som vedkommende har fortjent.

Uten et vern foreligger det muligheter for at norsk rett ville beveget seg mot en tilstand hvor hvilken som helst virksomhet kunne reist sak med den hensikt å få tak i de opplysninger som den respektive motparten bygger sin virksomhet på. Eksempelvis maskere et ønske om å få tak på en forretningshemmelighet bak et søksmål. Dette fremstår opplagt uheldig, hvilket taler klart for at et vern av forretningshemmeligheter i sivilprosessen både er nødvendig og hensiktsmessig.

Soltane trekker i sin avhandling også frem at et tap av en eller flere forretningshemmeligheter ofte «repræsenterer [...] ganske betydelige beløb for innehaveren, og vil i visse tilfælde endda udgøre en virksomheds eksistensgrundlag».³³ At misbruk og tap av informasjon med stor økonomisk verdi kan medføre et tap med store konsekvenser for eieren av en forretningshemmelighet synes åpenbart. Imidlertid kan den konsekvensen som oppstår ved

³² Soltane (2021) s. 90.

³³ Soltane (2021) s. 19.

misbruk også variere med hvem som blir kjent med forretningshemmeligheten. Det samme synes gjelde sannsynligheten for at den fremlagte informasjonen blir misbrukt. Eksempelvis synes muligheten for misbruk, samt konsekvensen av dette å være større i de tilfellene partene er i et konkurranseforhold.

At muligheten for misbruk er ekstra påfallende og konsekvensen ved dette større i enkelte tilfeller trekkes frem av Schei mfl. i kommentarutgaven (2022) til tvisteloven § 22-10. Det uttales her at «[k]jerneområdet for § 22-10 er konkurransesensitiv informasjon».³⁴ Dette støttes videre oppunder av Hjort som uttaler at «[d]et må være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde dem».³⁵ Hverken Hjort eller Schei mfl. går inn på hvorfor behovet for hemmelighold står særlig sterkt i konkurransetilfeller, men det naturlige er at en virksomhet er særlig utsatt for misbruk i de tilfeller det er tale om en avsløring overfor en aktør i samme marked. Videre vil et misbruk i disse tilfellene ramme ekstra hardt, nettopp fordi partene er i konkurranse om de samme kundene. Uten et vern ville dette kunne hemme sunn konkurranse, og medført at en konkurrent enklere kunne fått innsikt i driften og informasjon som er sentral for det økonomiske grunnlaget. Dette kunne resultert i en usunn konkurransekultur. At behovet for hemmelighold og vernet av forretningshemmeligheter særlig aktualiseres i disse tilfellene, er derfor naturlig.

Samtidig kan man reise spørsmålet om hvor stor rekkevidde vernet egentlig er ment å ha da tvisteloven § 22-10 er et bevisfritak, ikke et bevisforbud.³⁶ Bevisforbud «nekter partene å føre bevis», mens fritaksreglene er regler som «fritar parter, vitner og andre fra den alminnelige plikten om å gi tilgang til bevis» etter tvistelovens regler i kapittel 21.³⁷ Dette innebærer at bevisforbudsreglene gjelder uavhengig av bevismidlets karakter og overholdes av retten.³⁸ Mens bevisfritaksreglene må påberopes av partene selv.³⁹

Da bevisforbudene overholdes av retten, mens fritakene er noe partene, vitnene eller andre må påberope er det nærliggende at forbudene er strengere enn fritakene og dermed yter et sterkere vern. Forskjellen synes videre å være at bevisfritakene knytter seg til de tilfeller hvor

³⁴ Schei mfl. (2022), *Tvisteloven: kommentarutgave*, bekreftet à jour per 1. september 2022, kommentar til § 22-10 note 2.

³⁵ Hjort (2016) s. 190, jf. LB-2011-195068.

³⁶ Se punkt 1.1.

³⁷ Schei mfl. (2022), *Tvisteloven: kommentarutgave*, bekreftet à jour per 1. september 2022, kommentar til kap. 22 bevisforbud og bevisfritak note 1.

³⁸ Skoghøy (2017) s. 767.

³⁹ Schei mfl. (2022), *Tvisteloven: kommentarutgave*, bekreftet à jour per 1. september 2022, kommentar til kap. 22 bevisforbud og bevisfritak note 1.

innhaveren av beviset selv må vurdere om dette er informasjon vedkommende ønsker at utleveres. Sett i lys av tvisteloven § 22-10, synes grunnen bak bestemmelsens karakter som bevisfritak å være at vernet aktualiseres der innehaveren ønsker informasjonen skjult. Det må anses rimelig at den respektive virksomheten gjør tiltak og påberoper seg fritaket dersom de anser opplysningen som skjermingsverdig. Dersom dette ikke gjøres er det nærliggende at innehaveren ikke anser det som nødvendig å skjerme opplysningene. I disse tilfellene foreligger det ingen grunn for at retten skal holde tilbake det respektive beviset. En føring av beviset vil snarere tvert imot medføre at retten får en så godt opplyst sak som mulig i tråd med de grunnleggende hensynene nedfelt i tvisteloven § 1-1.⁴⁰ Vurderingen av om beviset skal føres blir i disse tilfellene heller et spørsmål om bevisføringen er relevant og proporsjonal.⁴¹

Samtidig må det ses til at forberedende dommer, i de tilfellene fritaksregelen i § 22-10 er påberopt kan bli ansett inhabil dersom den dømmende rett kommer frem til en annen konklusjon enn den forberedende dommeren.⁴² At forberedende dommer i disse tilfellene kan bli ansett inhabil viser at vernet av forretningshemmeligheter er sterkt i norsk sivilprosess, særlig sett i lys av den terskelen «påkrevd» oppstiller.⁴³ Samtidig er det naturlig at vernet varierer i tråd med forretningshemmelighetens karakter, og i hvilken grad hemmelighold anses nødvendig. Dette har sitt grunnlag både i rettens behov for en så opplyst sak som mulig, men også innehaverens behov for hemmelighold.

⁴⁰ Tvl. § 1-1 første ledd: «Loven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettsvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler. Loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene».

⁴¹ Se tvl. §§ 21-7 og 21-8.

⁴² Se punkt 1.3.

⁴³ Se punkt 1.1.

3 EØS-rettens påvirkning på bevisføring av forretningshemmeligheter i sivilprosessen

3.1 Innledning

Hverken tvisteloven § 22-10 eller de forberedende forarbeidene til bestemmelsen gir uttrykk for at bestemmelsen må ses i lys av EØS-retten.⁴⁴ Utgangspunktet synes derav å være at bestemmelsen kun må ses i lys av norsk rett og at EØS-samarbeidet ikke setter føringer for rettens vurdering. Imidlertid ble både tvisteloven §§ 22-10 og 22-12 endret fra 1. januar 2021. I § 22-10 ble «forretnings- eller driftshemmelighet» endret til «forretningshemmelighet»,⁴⁵ mens et nytt tredje- og fjerde ledd kom inn i tvisteloven § 22-12. Det følger av forarbeidene til lovendringen,⁴⁶ at denne ble gjort «i tråd med ny lov om forretningshemmeligheter».⁴⁷ Forretningshemmelighetsloven gjennomfører forretningshemmelighetsdirektivet (direktiv 2016/943/EU).⁴⁸ Endringen i tvisteloven §§ 22-10 og 22-12 ble derfor gjort for å tilfredsstille forretningshemmelighetsdirektivet. Dette gir indikasjoner på at Norges EØS forpliktelser setter føringer for rettens vurdering, og gir grunn til videre undersøkelser.

Det følger av forretningshemmelighetsdirektivets artikkel 1 nr. 2 bokstav b at direktivet ikke skal berøre anvendelsen av nasjonale regler som regulerer de tilfeller hvor «forretningshemmelighetshavere af hensyn til den offentlige interesse videregiver oplysninger, herunder forretningshemmeligheder, til offentlige eller administrative eller retslige myndigheder, således at disse myndigheder kan varetage deres opgaver». En naturlig

⁴⁴ Herunder NOU 2001:32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning og Ot. prp. nr. 51 (2004–2005) om lov om mekling og rettergang i sivile tvister.

⁴⁵ Se punkt 2.2.

⁴⁶ Prop. 5 LS (2019–2020) gjelder primært forretningshemmelighetsloven, men inneholder også bemerkninger tilknyttet lovendringen i tvisteloven §§ 22-10 og 22-12.

⁴⁷ Prop. 5 LS (2019–2020) s. 129.

⁴⁸ Forretningshemmelighetsloven gjennomfører EEA Joint Committee decision NO. 91/2019 om at Direktiv (EU) 2016/943 skal inkorporeres i EØS-avtalen. Forretningshemmelighetsdirektivet ble gjennomført i norsk rett i tråd med avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, vedtatt 2. mai 1992 (EØS-avtalen) artikkel 7 bokstav b. Avtalen gir medlemslandene rett til å «bestemme formen og midlene for gjennomføringen» av en rettsakt inntatt «i denne avtale». Dette er bindende med hensyn til det resultatet som skal oppnås, jf. Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV) Roma-traktaten konsolidert 2016, artikkel 288 tredje ledd.

forståelse av ordlyden tilsier at direktivet ikke er ment å sette føringer i de tilfeller hvor retten selv skal vurdere om en forretningshemmelighet skal føres for retten. Samtidig kommer en ikke unna at gjennomføringen av forretningshemmelighetsdirektivet medførte en endring i §§ 22-10 og 22-12. Jeg skal i kapittel 3 vurdere om de endringene som ble foretatt i tvisteloven §§ 22-10 og 22-12 reelt sett medførte at EØS-retten nå setter føringer for den vurderingen retten skal gjøre etter § 22-10 andre punktum, dette til tross for at utgangspunktet synes å være det motsatte etter artikkel 1 nr. 2 bokstav b.

3.2 EØS-rettens påvirkning

Det følger av prop. 5 LS (2019–2020) s. 25 og s. 129 at gjennomføringen av forretningshemmelighetsdirektivet ikke skulle endre rettstilstanden for tvisteloven § 22-10.⁴⁹ Forarbeidenes uttalelser er i tråd med forretningsdirektivets artikkel 1 nr. 2 bokstav b. Utgangspunktet er at EØS-retten ikke setter føringer for forståelsen av «påkrevd» i § 22-10 andre punktum.

Gjennomføringen av forretningshemmelighetsdirektivet medførte imidlertid også at to nye ledd kom inn i tvisteloven § 22-12, herunder et nytt tredje- og fjerde ledd. Tilføyelsen ble gjort for å gjennomføre artikkel 9 (beskyttelse af forretningshemmeligheder under retssager).⁵⁰ Etter det tidligere § 22-12 andre ledd «k[unne]» retten, dersom de ga «pålegg» om bevisføring ilegge «taushetsplikt og bestemme at muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører».⁵¹ Regelen var en «kan»-regel, og gjaldt utover § 22-10 også tvisteloven § 22-3 tredje ledd, § 22-5 andre ledd, § 22-8 andre ledd, § 22-9 tredje- og fjerde ledd og § 22-11.⁵²

Ved tilføringen av et nytt tredje- og fjerde ledd fikk tvisteloven egne særregler om tiltak ved bevisføring etter § 22-10. Det følger av tredje ledd at retten ved pålegg etter § 22-10 «skal [...] pålegge de tilstedeværende taushetsplikt og forbud mot bruk av forretningshemmeligheten som kan utledes av beviset». Videre «kan [retten] bestemme at muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører» og i «særlige tilfeller begrense partenes adgang til å benytte rettslige medhjelpere etter § 3-7 til det retten anser nødvendig».

⁴⁹ Sml. med punkt 2.2.

⁵⁰ Prop. 5 LS (2019–2020) s. 129.

⁵¹ Se tvl. § 22-12 andre ledd, historisk versjon gjeldende til 01.01.2021.

⁵² Schei mfl. (2013) s. 891.

Disse tiltakene gjelder etter § 22-12 fjerde ledd «inntil det i rettskraftig dom eller kjennelse fastslås at opplysningene ikke utgjør forretningshemmeligheter, eller vernet bortfaller som følge av at opplysningene blir allment kjent eller lett tilgjengelig».

Det kan reises spørsmål om innføringen av tvisteloven § 22-12 tredje- og fjerde ledd i det hele tatt medførte en endring i norsk rettspraksis, og om norsk rettspraksis allerede tilfredsstilte de krav som fremgår av forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 9. Schei mfl. uttaler i sin lovkommentar til den tidligere tvisteloven § 22-12 andre ledd at det «[i] flere av tilfellene må [...] være en klar hovedregel [om] at taushetsplikt og lukkede dører besluttes».⁵³ Dersom lovkommentaren legges til grunn synes utgangspunktet å være at det nye tredje og fjerde ledd utgjorde marginale forskjeller i rettstilstanden. Samtidig gjaldt den daværende regelen, i tillegg til § 22-10 både bevisforbudet i § 22-3 tredje ledd og bevisfritakene i § 22-5 andre ledd, § 22-8 andre ledd, § 22-9 tredje- og fjerde ledd og § 22-11. Oppfølgingen av bevisforbudene gjøres av retten, og utgangspunktet er derfor at disse ikke skal føres som bevis.⁵⁴ Bevisfritak skal på sin side som utgangspunkt bli ført for retten, med mindre disse påberopes.⁵⁵ Bevisforbudene synes dermed som utgangspunkt å ha et sterkere vern enn bevisfritakene.⁵⁶ Spørsmålet som reiser seg er dermed om «hovedregelen» Schei mfl. gir uttrykk for i kommentarutgaven primært knytter seg til bevisforbudet i § 22-3 tredje ledd, eller om regelen også var ment å gjelde bevisfritakene.

Likevel er det i dag, etter gjennomføringen av forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 9 klart at retten etter § 22-12 tredje ledd «skal» slå fast taushetsplikt og forbud mot videre bruk av forretningshemmeligheten som kan utledes av beviset. Det følger videre at retten fritt «kan» bestemme lukkede dører. Det er imidlertid verdt å bemerke at åpne dører vil medføre at håndhevingen av taushetsplikten og forbudet mot bruk i stor grad vil svekkes. Dette øker risikoen for tap av forretningshemmeligheten, og taler i stor grad for at vilkåret «kan» som hovedregel må forstås som «skal». Synspunktet støttes også oppunder av Schei mfl. som i

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Skoghøy (2017) s. 767.

⁵⁵ Schei mfl. (2022), *Tvisteloven: kommentarutgave*, bekreftet à jour per 1. september 2022, kommentar til kap. 22 bevisforbud og bevisfritak note 1.

⁵⁶ Sml. også med punkt 2.3 og de betraktningene jeg gjør tilknyttet forskjellen mellom bevisforbud og bevisfritak.

lovkommentaren (2022) til tvisteloven § 22-12 uttaler at «[i] henhold til lovmotivene skal lukkede dører være den klare hovedregelen»,⁵⁷ og prop. 5 LS (2019–2020) s. 129 som uttaler:

«I tråd med gjeldende rett legges det derfor til grunn at kjennelse om lukkede dører vil være den klare hovedregelen, og at det bare helt unntaksvis er aktuelt å pålegge at det føres bevis om en forretningshemmelighet uten at retten samtidig treffer kjennelse om lukkede dører».

Hovedregelen må derfor være at muntlig forhandling om beviset «skal» gå for lukkede dører i de tilfellene det er gitt et pålegg om bevisføring etter tvisteloven § 22-10, jf. tvisteloven § 22-12 tredje ledd. Hvorvidt tilføringen av et nytt tredje- og fjerde ledd endret rettstilstanden, og om den tidligere tvisteloven § 22-12 andre ledd allerede tilfredstilte forretningshemmelighetsdirektivets artikkel 9 er derfor uten betydning, da det er klart at dette nå er tilfellet gjennom nåværende tredje- og fjerde ledd.⁵⁸

Som følge av at tvisteloven § 22-12 tredje- og fjerde ledd gjennomfører forretningshemmelighetsdirektivets artikkel 9, vil en naturlig følge være at brudd på § 22-12 tredje- og fjerde ledd er et brudd på forretningshemmelighetsdirektivet.⁵⁹ Samtidig henviser tvisteloven § 22-12 tredje ledd direkte til tvisteloven § 22-10. Etter ordlyden begrenser dermed bestemmelsen seg kun til de tilfeller som kan karakteriseres som «forretningshemmelighet» etter § 22-10. Prop. 5 LS (2019–2020) s. 129 legger imidlertid til grunn at det ved forståelsen av uttrykket «forretnings- eller driftshemmelighet» tradisjonelt sett «i praksis er lagt til grunn en noe videre forståelse av uttrykket [...]». Uttalelsen gis med videre henvisning til forarbeidene punkt 5.1.7.

I punkt 5.1.7 legger forarbeidene til grunn at

«hensynene bak bevisfritaksreglene i prosesslovgivningen ikke nødvendigvis sammenfaller fullt ut med hensynene som skal ivaretas ved forbudene mot inngrep i forretningshemmeligheter. Dette kan være bakgrunnen for at det synes å være en viss forskjell i hvilke opplysningstyper som dekkes av bestemmelsene».⁶⁰

Forarbeidene tar dermed til orde for at det foreligger en liten forskjell i hvilke opplysninger som faller innunder tvisteloven § 22-10 og definisjonen i forretningshemmelighetsloven § 2.

⁵⁷ Schei mfl. (2022), *Tvisteloven: kommentarutgave*, bekreftet à jour per 1. september 2022, kommentar til § 22-12 note 3.

⁵⁸ Prop. 5 LS (2019–2020) s. 129.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Prop. 5 LS (2019–2020) s. 25.

Forskjellen mellom den tradisjonelle forståelsen i tvisteloven § 22-10 og forståelsen som følger av forretningshemmelighetsloven § 2 ble imidlertid ikke ved lovendringen, ikraftsatt 1. januar 2021 ansett så stor at denne kunne begrunne «ulike betegnelser på opplysningene som dekkes».⁶¹ Uttrykket «forretningshemmelighet» ble derfor tatt inn i § 22-10, men uten at dette skulle endre den tradisjonelle forståelsen av uttrykket «forretnings- eller driftshemmelighet».⁶² Likevel legger forarbeidene til grunn at det er en viss forskjell. Da forretningshemmelighetsloven § 2 gjennomfører legaldefinisjonen av en forretningshemmelighet i forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 2,⁶³ medfører en direkte forståelse av ordlyden i tvisteloven § 22-12 tredje ledd at en hypotetisk sett kan møte på tilfeller hvor § 22-12 tredje ledd ikke kommer til anvendelse på en opplysning som vil kunne karakteriseres som en «forretningshemmelighet» etter forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 2. Dette skyldes at den samme opplysningen ikke nødvendigvis er en «forretningshemmelighet» etter tvisteloven § 22-10 og motsatt.⁶⁴

Resultatet av dette vil være at tvisteloven § 22-12 tredje- og fjerde ledd i enkelttilfeller ikke tilfredsstiller direktivets artikkel 9, hvilket medfører et brudd på forretningshemmelighetsdirektivet og de forpliktelser som følger av EØS-samarbeidet. Det må derfor reises spørsmål om § 22-12 tredje ledd må tolkes utvidende til også gjelde forretningshemmeligheter i lys av forretningshemmelighetsloven § 2.

En utvidende tolkning har støtte i prop. 5 LS (2019–2020) s. 129. Det uttales her tydelig at § 22-12 tredje- og fjerde ledd gjennomfører direktivets artikkel 9. Videre har en utvidende tolkning støtte i forrangsprinsippet i lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 2.⁶⁵ Dersom tvisteloven § 22-12 tredje ledd ikke er ment å ramme alle forretningshemmeligheter, herunder både § 22-10 og forretningshemmelighetsloven ville den ikke oppfylt sitt formål i tråd med forarbeidene og EØS-avtalen. Det må derfor legges til grunn at tvisteloven § 22-12 tredje ledd kommer til anvendelse ved alle

⁶¹ Ibid.

⁶² Se punkt 2.2.

⁶³ Prop. 5 LS (2019–2020) s. 119.

⁶⁴ Prop. 5 LS (2019–2020) s. 25.

⁶⁵ Paragraf 2 angir forrangsprinsippet i EØS-avtalen: «Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov».

forretningshemmeligheter, herunder opplysninger som karakteriseres som en «forretningshemmelighet» i tvisteloven § 22-10,⁶⁶ og forretningshemmelighetsloven § 2.

Det videre spørsmålet er om tilføringen av § 22-12 tredje- og fjerde ledd har satt faktiske føringer for rettens «påkrevd»-vurdering etter § 22-10 andre punktum. Som vist må det etter direktivets artikkel 1 nr. 2 bokstav b slås fast at § 22-12 tredje- og fjerde ledd ikke er ment å sette direkte føringer for rettens «påkrevd» vurdering etter § 22-10 andre punktum. Samtidig, sett i lys av at § 22-12 tredje ledd kommer til anvendelse ved pålegg etter § 22-10 må det vurderes om dette i praksis medfører at § 22-12 setter indirekte føringer for rettens vurdering etter § 22-10 andre punktum.

Paragraf 22-12 tredje- og fjerde ledd er ment å verne om en forretningshemmelighet, og motarbeide misbruk eller at denne går tapt i de tilfeller retten anser en bevisføring nødvendig.⁶⁷ Samtidig er det ikke fjerntliggende at retten tidvis senker terskelen for innsyn i en forretningshemmelighet, dersom de tiltak som tvisteloven § 22-12 tredje ledd gir uttrykk for fungerer avhjelpende på de byrdene bevisføringen kan føre med seg for innehaver.⁶⁸ Samtidig er ikke dette gitt, og beror på en nærmere vurdering ut fra sakens faktiske sider. Det må derfor være avgjørende at § 22-12 tredje ledd ikke i seg selv setter direkte føringer for forståelsen av vilkåret «påkrevd», jf. tvisteloven § 22-10 andre punktum. Rettens «påkrevd»-vurdering påvirkes med det ikke av EØS-lovgivningen. Tvisteloven § 22-10 andre punktum og § 22-12 tredje- og fjerde ledd er derfor adskilt når det gjelder selve vurderingen, og det må derfor konkluderes med at EØS-retten ikke setter føringer for rettens vurdering av når det er «påkrevd» å gi pålegg om bevisføring av forretningshemmeligheter i sivilprosessen, jf. tvisteloven § 22-10 andre punktum.

⁶⁶ Se punkt 2.2.

⁶⁷ Tvl. § 22-12 tredje- og fjerde ledd gjennomfører forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 9, jf. prop. 5 LS (2019–2020) s. 129. Forretningsdirektivets artikkel 9 er igjen ment å gi «vern av forretningshemmeligheter i forbindelse med rettssaker» og følgelig forhindre misbruk, jf. prop. 5 LS (2019–2020) s. 69. Sett i lys av ordlyden i § 22-12 tredje ledd er en naturlig følge at tiltakene er ment å verne forretningshemmeligheten der retten anser det nødvendig å føre denne som bevis.

⁶⁸ Se punkt 4.5 for nærmere redegjørelse.

4 Vilkåret «påkrevd»

4.1 Innledning

Ordlyden «etter en avveining finner det påkrevd» i tvisteloven § 22-10 andre punktum viser at rettens konklusjon på om et bevis som inneholder en forretningshemmelighet skal føres for retten, beror på en inngående vurdering hvor det må ses til sakens ulike sider, og vurderes i hvilken grad bevisføringen er nødvendig for at retten skal fatte riktig konklusjon.

Hverken loven eller forarbeidene gir holdepunkter for hva som skal inngå i «avveiningen». Rettspraksis og juridisk litteratur tyder imidlertid på at vurderingen springer ut i en vurdering av behovet for hemmelighold av opplysningen.⁶⁹ I vurderingen har rettspraksis tradisjonelt sett til fire ulike momenter, herunder bevisets verdi og i hvilken grad informasjonen er av betydning for sakens opplysning, partenes konkurranseforhold, informasjonens alder og avslutningsvis den betydningen avhjelpende tiltak vil ha for bevisføringen. Jeg skal i fortsettelsen gjøre en analyse av vilkåret «påkrevd», og den vurderingen som må gjøres i tilknytning vilkåret, jf. tvisteloven § 22-10 andre punktum.

Rettspraksis viser at retten gjennomgående ser til behovet for hemmelighold som en samlet vurdering, og at de respektive momentene inngår i denne vurderingen. Dette gjør en systematisering krevende. Jeg vil imidlertid gjøre et forsøk på å vurdere momentene adskilt og behandle de hver for seg. Dette gjøres med den hensikt å belyse hvordan retten vektlegger de ulike momentene, og den rollen disse spiller i den helhetlige vurderingen. Samtidig vil en total separasjon tidvis ikke være mulig, da betydningen av enkelte poenger belyses ved å se til øvrige momenter.

Jeg vil innlede min analyse med å redegjøre for betydningen av bevisets verdi. Deretter vil jeg vurdere konkurransemomentet, informasjonens alder og betydningen av avhjelpende tiltak. Oppbyggingen av analysen begrunnes i følgene.

Som vist innledningsvis i punkt 4.1 og punkt 1.1 legger ordlyden «påkrevd» opp til en vurdering hvor retten må ta stilling til i hvilken grad bevisføring er nødvendig av hensyn til

⁶⁹ Se eksempelvis Schei mfl. (2022), *Tvisteloven: kommentarutgave*, bekreftet à jour per 1. september 2022, kommentar til § 22-10 note 5, Rt-2009-1103 og Rt-2000-1391.

sakens opplysning. Men at terskelen for bevisføring må være høy. Vilkåret må ses i lys av tvistelovens § 1-1. Etter denne har retten en plikt til å ivareta en «rettferdig, forsvarlig [...] og tillitsskapende behandling», og dermed et overordnet ansvar å komme frem til en så korrekt avgjørelse som mulig. Sett i lys av § 22-10 andre punktum og vilkåret «påkrevd» synes bevisets verdi og i hvilken grad beviset bidrar til at retten fatter riktig konklusjon å utgjøre utgangspunktet for vurderingen. Dette taler for at hensynene mot bevisføring må være sterke dersom beviset ikke skal føres i en sak hvor beviset i seg selv er særs viktig for at retten skal fatte riktig avgjørelse. På samme måte trenger hensynene mot bevisføring ikke å være særlig sterke for at retten skal nekte innsyn dersom beviset reelt sett ikke tilfører noe nytt til saken. Det er av disse grunner hensiktsmessig å innlede analysen av vilkåret «påkrevd» med en gjennomgang av hvilken betydning bevisverdi faktisk har for rettens avgjørelse av om et bevis som inneholder en forretningshemmelighet skal føres for retten.

Avslutningsvis i punkt 4.1 er det også verdt å bemerke at analysen tilknyttet den betydningen avhjelpende tiltak har for rettens avgjørelse for om beviset skal tillates ført gjøres avslutningsvis i kapittel 4. Bakgrunnen for dette er at retten ofte trekker inn avhjelpende tiltak som en del av den avsluttende konkrete helhetsvurderingen. Retten vurderer så om bruk av tiltakene vil avhjelpe byrden som foreligger ved bevisføringen i tilstrekkelig grad til at en bevisføring kan forsvarliggjøres.

4.2 Bevisets verdi

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttaler i Rt-1987-420 på side 424 at «[...] bevisverdien av det materiale som kreves framlagt ikke vil stå så sentralt at det er grunnlag for å påby framleggelse etter tvistemålslovens § 209 annet ledd, jfr. § 251 nr. 2». Dommen omhandlet krav om fremleggelse av tekniske beskrivelser som ble ansett som forretningshemmeligheter i forbindelse med en erstatningssak mellom Midat Ingeniørfirma og Spider Electronics A/S. Uttalelsen tolkes dithen at Høyesterett la til grunn at behovet for å føre beviset som utgangspunkt øker i takt med bevisverdien.

Rt-2009-1103 illustrerer ytterligere hvordan domstolen ser til bevisets verdi i vurderingen. I dommen tok Høyesteretts ankeutvalg stilling til om Norwegian Air Shuttle ASA (heretter Norwegian) måtte fremlegge dokumentbevis som gjaldt flyselskapets ruteregnskap og strategidokumenter i forbindelse med en erstatningssak mot SAS Scandinavian Airlines

Norge AS (heretter SAS). Ruteregnskapene strekte seg fra perioden september 2002 til oktober 2006, mens strategidokumentene gjaldt perioden 2002 til 2004.⁷⁰ Retten konkluderte med at det skulle gis innsyn i reisedokumentene fra og med september 2002 til og med oktober 2005. Innsyn i ytterligere dokumenter ble ikke gitt.

Bakgrunnen for at ankeutvalget valgte å føre deler av ruteregnskapet som bevis ligger i bevisverdien. Bevisføringen var nødvendig for sakens opplysning, og knyttet «seg direkte til utmålinga, og inneb[ar] ei utdyping av materiale som alt er lagt fram».⁷¹ Beviset lå i sakens kjerne, og ble derfor tillat til tross for at partene var nære konkurrenter,⁷² og bevisføringen ville gi «temmeleg omfattande innsyn i økonomiske tilhøve i Norwegian».⁷³ Innsyn ble gitt på bakgrunn av at beviset ga informasjon som gjaldt den direkte vurderingen retten skulle gjøre. Innsyn i de ytterligere delene av reisedokumentene og strategidokumentene ble imidlertid, ut fra sakens karakter ikke ansett tilstrekkelig «påkrevd» å føre.⁷⁴

Vurderingen retten gjorde i tilknytning spørsmålet om hele, deler eller ingen av dokumentene skulle føres som bevis synes bygge på det alminnelige utgangspunktet i sivilprosessen om at bevisene som ønskes ført skal være av relevans for avgjørelsen som skal treffes, og at det skal være proporsjonalitet mellom sakens betydning og bevisføringens omfang.⁷⁵ Ved å gi SAS innsyn i ruteregnskapet til og med oktober 2005 får SAS innsyn i informasjon som både er av tydelig relevans og betydning for saken. Når det gjaldt den resterende delen av ruteregnskapet uttaler imidlertid retten i avsnitt 43 at det «kan dels vere uklart i kva grad eventuelle endringar det følgjande året eventuelt er påverka av det som skjedde tidlegare». Retten så det derfor slik at denne informasjonen i liten grad ville belyse saken ytterligere. Sett i lys av dokumentenes karakter som forretningshemmelighet, og det faktum at ruteregnskapene ikke var av avgjørende betydning for at retten skulle fatte riktig avgjørelse, ble ruteregnskapene fra og med november 2005 holdt utenfor bevisføringen.

Når det gjelder strategidokumentene ble det nektet totalt innsyn. Retten uttaler i avsnitt 45 at det «[g]jennom ei slik framlegging vil det i tilfelle bli opna for innsyn også i mange andre sider av verksemda til Norwegian enn det som gjeld den aktuelle ankesaka». Retten fant med

⁷⁰ Jf. Rt-2009-1103 avsnitt 17.

⁷¹ Jf. Rt-2009-1103 avsnitt 42.

⁷² Se punkt 4.3 om konkurranseshensyn.

⁷³ Jf. Rt-2009-1103 avsnitt 45.

⁷⁴ Jf. Rt-2009-1103 avsnitt 46 og 47.

⁷⁵ Sml. med tvl. § 21-7 første ledd om relevanskravet og tvl. § 21-8 første ledd om kravet til proporsjonalitet mellom tvistens betydning og omfanget av bevisføringen.

det at strategidokumentene ville gi opplysninger utover det som var relevant for SAS sitt krav. Dokumentene ga derfor informasjon om forhold som ikke var av betydning for rettens avgjørelse. Sett i lys av den informasjonen som allerede kom frem gjennom ruteregnskapene var det hverken proporsjonalt ut fra sakens karakter og omfang eller nødvendig å føre strategidokumentene for at retten skulle fatte riktig avgjørelse.

Rt-1993-1137 er et ytterligere eksempel på hvordan Høyesterett trekker frem bevisets verdi i sin vurdering. I kjennelsen tok kjæremålsutvalget stilling til om selskapet Roquette Freres skulle pålegges å legge frem «laboratoriejournal nummerert 238, journal for fremstilling av lycasin 80/55»,⁷⁶ i forbindelse med at selskapet reiste søksmål mot staten v/ Nærings- og energidepartementet med den påstand om at «avslaget vedrørende patentsøknad nr 794935 fattet av Styret for det industrielle rettsvern, 2. avdeling skulle kjennes ugyldig».⁷⁷ Utvalget trekker i dommen på side 1140 frem at «den bevismessige betydning av dokumentet [...] ha[r] vesentlig betydning» i spørsmålet «om forklaringsplikt om forretnings- eller driftshemmeligheter». Utvalget kunne «ikke se at lagmannsrettens begrunnelse [var] uklar eller mangelfull på noen måte». Dommen illustrer bevisverdiens posisjon i drøftelsen. Retten godtok i saken, da informasjonens bevisverdi var stor at informasjonen skulle føres under taushetsplikt. Et pålegg om taushetsplikt ga et tilstrekkelig vern av forretningshemmeligheten.⁷⁸ Dette var tilstrekkelig da «den annen part – staten – ikke er næringsdrivende»,⁷⁹ og konkurransehensynet derav fraværende.⁸⁰ Behovet for hemmelighold ble dermed tilstrekkelig ivaretatt gjennom taushetsplikten.

Som vist er det ikke tvil om at bevisverdien spiller inn på vurderingen av om beviset skal føres, og at behovet for å føre beviset som utgangspunkt synes øke i takt med bevisverdien. Samtidig kan et bevistema tidvis belyses ved bruk av andre typer bevismiddel, eller at bevismiddelet som ønskes ført kun bidrar med nyanser til det totale bevistema. Eventuelt bidrar til å belyse det totale bevistema, men også avslører annen irrelevant informasjon om virksomheten. Det er derfor ikke gitt at det respektive bevismiddelet grunnet sin karakter bør føres for retten. Dette til tross for at det bidrar til å belyse saken. Jeg skal i det videre redegjøre for hvordan bevismiddelets karakter spiller inn på vurderingen.

⁷⁶ Jf. Rt-1993-1137 s. 1138.

⁷⁷ Jf. Rt-1993-1137 s. 1137.

⁷⁸ Se punkt 4.5 for ytterligere redegjørelse av taushetspliktens betydning for rettens vurdering.

⁷⁹ Jf. Rt-1993-1137 s. 1140.

⁸⁰ Se punkt 4.3 for redegjørelse av konkurransehensynet.

For å illustrere dette vil jeg ta utgangspunkt i Rt-1998-1624. Saken gjaldt et tilfelle hvor Høyesterett skulle ta stilling til om lagmannsretten hadde fattet korrekt avgjørelse i en sak mellom Bygdøystuene AS (heretter Bygdøystuene) og Norsk Folkemuseum. Saken gjaldt om Bygdøystuene kunne kreve at Norsk Folkemuseum skulle legge frem «samtlige rapporter Norsk Folkemuseum har mottatt fra nattevaktene på museet fra 1990 og frem til i dag» med det formålet å bevise «vesentlige brudd på sikkerhetsrutinene».⁸¹ Kravet ble reist i forbindelse med en sak om erstatning ved oppsigelse av leiekontrakt på museumsområdet til Norsk Folkemuseum. Høyesterett viser i stor grad til lagmannsrettens avgjørelse (LB-1998-2327), og sier seg enig i den vurderingen lagmannsretten har gjort.

Som en del av sin vurdering uttaler Høyesterett på side 1626 følgende:

«Lagmannsretten har lagt til grunn at opplysninger om vaktrutiner, alarmsystemer og sikkerhetsopplegg som er av vesentlig betydning for å beskytte museets samlinger, vil bli avdekket hvis vaktprotokollene fremlegges. Retten viser videre til at samlingene omfatter ca 250 000 gjenstander av stor nasjonal, kulturhistorisk og økonomisk verdi. – Det kan få omfattende økonomiske og andre konsekvenser hvis et museums sikkerhetsrutiner blir kjent, og kjæremålsutvalget er enig med lagmannsretten i at opplysninger om slike rutiner kan omfattes av uttrykket "driftshemmelighet" i tvistemålsloven § 209».

Høyesteretts kjæremålsutvalg sier seg dermed enig i at opplysningene som ville fremkomme i rapportene ville omfattes av uttrykket «driftshemmelighet» etter den daværende tvistemålsloven § 209.⁸² Retten presiserer videre på side 1626 at den ikke kan se at slik «[l]agmannsretten her [har] uttrykkelig uttalt og begrunnet at den etter en avveining mellom partenes interesser ikke finner grunnlag for påbud etter § 209 annet ledd [...] bygget på noen uriktig lovtolkning».

Høyesteretts kjæremålsutvalg er med det enig i lagmannsrettens vurdering av beviset, og at lagmannsrettens avgjørelse om at journalene ikke skulle føres som bevis grunnet faren for misbruk og mulige negative konsekvenser for bevisføringen var korrekt. Rapportene var ført for hånd i seks tettskrevne bøker og måtte fremlegges i sin helhet. Fremleggelse ville derfor medføre at all informasjon i bøkene ville bli tilgjengelige, hvorav det «alt vesentlige av den åpenbart [var] helt uten betydning for saken».⁸³ Bevisføringen kunne sette huset samling, som

⁸¹ Rt-1998-1624 s. 1624.

⁸² Se punkt 2.2 for redegjørelse av innholdet i «driftshemmelighet».

⁸³ Jf. LB-1998-2327, se avsnitt nummer syv over «slutning».

var av stor kulturhistorisk og økonomisk verdi i fare. Det var derfor ikke forsvarlig å føre journalene.

Men hva om det i et hypotetisk tilfelle hadde vært mulig å skille ut de relevante rapportene fra den større rapporteringen. Ville dette medført en endring i bevisverdien, og resultert i at rapporten ville blitt ført som bevis? Dette ble ikke vurdert av retten da kravet var knyttet til «samtlige rapporter».⁸⁴ Samtidig er ikke tanken fjern. Særlig sett i lys av at retten primært begrunnet bevisnektelsen av rapportene i at avsløringen av de ikke relevante dokumentene kunne «få omfattende økonomiske og andre konsekvenser hvis et museums sikkerhetsrutiner blir kjent».⁸⁵ Ved å skille ut de relevante dokumentene vil imidlertid kun deler av instruksjonen avsløres. Dette ville medført at den sikkerhetsmessige faren kun ville vært knyttet til det respektive området. Det kunne da blitt iverksatt sikkerhetstiltak som kun knyttet seg til dette området, noe som langt på vei ville redusert sikkerhetsrisikoen.

Samtidig må det ses til at lagmannsretten i det respektive tilfellet så til om det forelå andre alternative, mindre inngripende måter å skape et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. I kjennelsen poengterer lagmannsretten at rapportenes bevisverdi reduseres som følge av at «nattevaktene skal gi forklaring som vitner» og at dette ville gi et tilstrekkelig innsyn i om sikkerhetsinstruksjonen faktisk ble brutt. Retten poengterte at dette ville belyse om de påståtte sikkerhetsbruddene var skjedd, uten at sikkerhetsopplysningene som knyttet seg til andre deler av museet ble avslørt. Rettens fremgangsmåte taler for at bevisverdien synker dersom bevisstemaet kan belyses på samme måte ved bruk av andre mindre inngripende bevismidler. Den samme relevante informasjonen kunne i tilfellet langt på vei komme frem på en mer skånsom måte ved bruk av vitner. Dette ville medføre at sikkerhetsrutinene ikke ville bli avslørt og følgelig ivareta museets behov for hemmelighold, samtidig som saken ble tilstrekkelig belyst.

Utgangspunktet om at det er den mest skånsomme bevisføringen som skal velges er god. Dersom retten kan unngå å føre en forretningshemmelighet ved bruk av eksempelvis vitner og bevisføringen heller ikke går inn på informasjonen forretningshemmeligheten omhandler, fremstår dette som en foretrukket løsning. Særlig dersom dette bidrar til en like god eller tilnærmet like god saksopplysning. Løsningen medfører at retten får et godt avgjørelsesgrunnlag, samtidig som forretningshemmeligheten holdes skjult. Bevisføringen av

⁸⁴ Jf. Rt-1998-1624 s. 1624.

⁸⁵ Jf. Rt-1998-1624 s. 1626.

dokumentet som inneholder forretningshemmeligheten vil i disse tilfellene ikke være «påkrevd»,⁸⁶ og løsningen vil følgelig ivareta de hensynene som ligger bak hemmelighold av forretningshemmeligheter.⁸⁷ Høyesteretts stadfesting av lagmannsrettens dom synes derav etter min mening å være korrekt.

4.3 Partene er konkurrenter

Som visst i punkt 2.3 er et av hensynene som ligger bak forretningshemmeligheters vern i sivilprosessen ønsket om å ivareta en sunn konkurranse og hindre profittering på «snylteri». Det ønskes å unngå misbruk av virksomheters sensitive informasjon. Det samme hensynet er trukket frem som et moment i vurderingen etter § 22-10 andre punktum av domstolen. Jeg skal i det videre belyse hvordan det påvirker rettens «påkrevd»-vurdering at partene er konkurrenter.

Richard Whish og David Bailey gir en kort og god beskrivelse av konkurransebegrepet. De uttaler at

«[c]ompetition means a struggle or contention for superiority, and in the commercial world this means a striving for the custom and business of people in the marketplace: competition has been described as a process of rivalry between firms seeking to win customers' business over time by offering them a better deal».⁸⁸

Kort oppsummert foreligger det konkurranse mellom to parter dersom partene operer innenfor samme marked, og har et overordnet mål om å vinne flest mulig kunder innenfor dette markedet. Høyesterett poengterer imidlertid i Rt-1993-1137 på side 1139 at «staten ikke er noen forretningskonkurrent». Dette illustrerer at konkurransehensynene ikke vil gjøre seg særlig gjeldende i en sak mellom en privat part og staten.

I Rt-2003-1215 var partene konkurrenter. Tvisten sto mellom Teletopia AS (heretter Teletopia) og Telenor AS (heretter Telenor). Begge partene drev virksomhet innenfor telebransjen og leverte teleabonnementer til kunder. Teletopia gjorde det i saken gjeldende at Telenor pliktet å legge frem bevis som ga informasjon om deres drift, herunder kostnadsoversikter, kalkylegrunnlag, avtaler og informasjonsbrev. Dokumentene skulle belyse

⁸⁶ Jf. tvl. § 22-10 andre punktum.

⁸⁷ Se særlig punkt 2.3.

⁸⁸ Wish og Bailey (2021) s. 5.

spørsmålet om Telenor hadde tatt en urettmessig høy pris for sin utleie av teletjenester. Telenor mente på sin side at de på bakgrunn av at dokumentene inneholdt forretningshemmeligheter ikke var pliktet til å legge frem informasjonen.

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttaler i Rt-2003-1215 avsnitt 31 at

«[...] pålegg om fremleggelse av dokumenter som inneholder forretnings- eller driftshemmeligheter [...] må være sterkt begrunnet, og det gjelder ikke minst når det er tale om å gi opplysningene til en konkurrent».

Uttalelsen i Rt-2003-1215 avsnitt 31 illustrer at det i de tilfeller hvor partene er konkurrenter må utvises ekstra påpasselighet med å gi innsyn i bevis som inneholder forretningshemmeligheter, og at terskelen for bevisføring i disse tilfellene er særlig høy. Dette har sin bakgrunn i at innehaveren av forretningshemmeligheten i disse tilfellene tvinges til å utlevere særlig sensitiv informasjon til en konkurrent. Dette vil medføre at konkurrenten får innsyn i driften, som igjen medfører en økt risiko for misbruk av informasjonen. Et misbruk kan igjen resultere i at konkurrenten eksempelvis oppnår et konkurransemessig overtak eller andre urettmessige fordeler. Konsekvensen ved misbruk er derfor for innehaveren av forretningshemmeligheten i disse tilfellene ofte store. At terskelen for bevisføring må økes ved konkurranse er derfor opplagt.

Samtidig reiser det seg i saker mellom to konkurrenter en rekke spørsmål. Domstolen legger som vist til grunn et utgangspunkt om at begrunnelsen for bevisføringen må være sterkt begrunnet, men er konkurranseforholdets karakter av betydning? Spiller det eksempelvis inn på vurderingen om partene kan karakteriseres som hovedkonkurrenter? Og hvilken betydning har det at partene tidligere har vært i konkurranse, eller fremstår som mulige fremtidige konkurrenter? Påvirker dette rettens terskel for når beviset skal føres? Dette er spørsmål som skal besvares i det følgende.

I den tidligere nevnte Rt-2009-1103 uttaler ankeutvalget i avsnitt 35 at en pålegg om bevisføring må være «sterkt begrunnet» da det er «tale om å gi opplysningene til en konkurrent». Dommen viderefører utgangspunktet i Rt-2003-1215 avsnitt 31. Det som imidlertid fremstår særlig interessant er at retten i Rt-2009-1103 avsnitt 38 ytterligere presiserer at en utlevering av beviset i praksis vil være til «den einaste konkurrenten på innanriksruter».

Uttalelsen tolkes dithen at informasjon som ønskes utlevert til eneste konkurrent, eller hovedkonkurrent kun kan utleveres dersom informasjonen er av meget stor betydning for

saken. Dette begrunnes i innehaverens belastning ved utleveringen og konsekvensen ved misbruk. Eksempelvis medfører flere aktører, mer spredt konkurranse. I et marked med kun to aktører vil det derfor være lettere å få kontroll over store markedsandeler. Dette står i motsetning til de tilfeller hvor markedet består av en rekke aktører. Markedsandelene vil i disse tilfellene ofte være mer spredt, og det er derfor nærliggende at konsekvensen ved et eventuelt misbruk vil være større i et marked bestående av eksempelvis to aktører, enn hva det vil være i et marked bestående av tjue aktører. Med dette som bakteppe synes Høyesterett å konstatere at et innsyn i Norwegian sin drift vil være særlig belastende da SAS i praksis er eneste- og hovedkonkurrent. Et naturlig resultat av dette vil derfor være at bevisføringen kun kan anses «påkrevd» dersom beviset ligger i sentrum av sakens kjerne og er ytterst nødvendig for rettens avgjørelsesgrunnlag.⁸⁹ Bakgrunnen for dette begrunner jeg i det følgende. Begrunnelsen må imidlertid ses i lys av punkt 4.2, da det på dette punktet vanskelig kan gis en god redegjørelse uten å trekke inn bevisets verdi.

Som vist i punkt 4.1 legger ordlyden «påkrevd» opp til at retten kan føre beviset dersom den finner bevisføringen nødvendig for å fatte korrekt konklusjon. Det er derfor naturlig at vilkåret må ses i lys av tvistelovens § 1-1, herunder rettens rolle som tvisteløser og ansvar for å fatte en så korrekt avgjørelse som mulig. Samtidig vil en bevisføring i de tilfeller med stor konkurranse mellom partene være særs belastende for innehaveren av forretningshemmeligheten. Det må av disse grunner gjøres en avveining av hva som anses forsvarlig. Rt-2009-1103 er et eksempel hvor retten gjorde denne avveiningen. En bevisføring ville gi informasjon om driften til den ene konkurrenten som utfordret Norwegian på markedet for innenlandsflyvninger. Avsløringen kunne potensielt sett medføre et økonomisk tap for Norwegian da SAS ved pålegg om bevisføring ville blitt gitt innsyn i Norwegian sin drift. Et eventuelt misbruk av informasjonen kunne medføre at SAS kunne utvikle og tilpasse sin drift i lys av disse dokumentene, eksempelvis med den hensikt å ta markedsandeler fra Norwegian. En bevisføring må av disse grunner være sterkt forsvarliggjort av hensyn til forretningshemmelighetens innehaver sitt behov for hemmelighold av opplysningene. Den naturlige slutningen må derfor være at opplysningen må ligge i sakens kjerne og være sentral for rettens avgjørelsesgrunnlag dersom den skal føres for retten.

At dokumentene i Rt-2009-1103 måtte ligge helt i sentrum av sakens kjerne samt være sentral for rettens avgjørelsesgrunnlag, gjenspeiles ytterligere gjennom vurderingen Høyesterett

⁸⁹ Se punkt 4.2 for ytterligere redegjørelse av bevisverdiens posisjon i vurderingen.

foretok i avsnitt 41 til 47. Retten tillot kun å føre ruteregnskapet til og med oktober 2005. Ruteregnskapet for denne perioden knyttet seg «direkte til utmålinga, og inneb[ar] ei utdypning av materiale som alt [var] lagt fram». Opplysningene lå med det i kjernen av søksmålet, og pålegget ville videre ikke innebære at motparten ble gitt et stort innsyn utover hva som allerede var kjent. Et innsyn utover de respektive reiseregnskapene ville medføre at SAS ble gitt tilgang til dokumenter utover hva som var forsvarlig sett i lys av partenes sterke konkurranseforhold. SAS fikk allerede et «temmeleg omfattande innsyn i økonomiske tilhøve i Norwegian», og da et ytterligere innsyn i ruteregnskapene og strategidokumentene ville gi informasjon om «drifta av Norwegian i mange relasjoner [...] [og] opna for innsyn også i mange andre sider av verksemda til Norwegian enn det som gjeld den aktuelle ankesaka» var ikke dette forsvarlig. Et innsyn utover det sentrale i saken kunne øke Norwegians negative konsekvens ved bevisføringen. Innsyn utover de respektive reiseregnskapene var derfor ikke aktuelt, dette til tross for at deler av opplysningene ville være av en viss relevans for rettens avgjørelsesgrunnlag.

Etter min mening synes rettens løsning i Rt-2009-1103 å være god. Retten gjør en vurdering hvor de ser til risikoen for misbruk, og hvordan det nære konkurranseforholdet mellom partene medfører at innsyn vil utgjøre en byrde. Samtidig viser dommen at det i de tilfellene hvor en type spesifikk informasjon er av avgjørende betydning for avgjørelsesgrunnlaget og ligger i kjernen av sakens spørsmål, skal mye til for at beviset ikke føres uavhengig av konkurranseforhold. Bevisføringen vil i disse tilfellene anses «påkrevd», jf. tvisteloven § 22-10 andre punktum. Der det foreligger konkurranse mellom to parter må retten derfor foreta en vurdering av risikoen for misbruk, og hvordan et misbruk eventuelt vil påvirke driften. Desto sterkere konkurranse mellom partene, desto mer sentralt må beviset være for at det skal gis innsyn.⁹⁰ Utgangspunktet må derfor være at begrunnelsen for innsyn skjerpes i takt med konkurransen mellom partene.

Men hva om skadepotensialet ved bevisføringen er lite, tross for konkurranse mellom partene. Vil de samme konkurransehensynene gjøre seg gjeldende i disse tilfellene? Ankeutvalget var inne på dette i Rt-2009-1103. I avsnitt 36 viser Høyesterett til lagmannsrettens uttalelse om at flybransjen «generelt [er] preget av transparens, og betydelig informasjon om selskapene og deres virksomhet er alminnelig kjent i markedet og av konkurrentene». Uttalelsen tar til orde for at transparentensyn er av betydning for vurderingen. Konkurransensynene bygger

⁹⁰ Sml. med punkt 4.2

langt på vei på at det ønskes ivaretagelse av sunne konkurranseforhold, og unngå en tilstand hvor man ikke oppnår en fordel ved å drive utvikling samt tap av motivasjonen grunnet mangel på vern av egne resultater.⁹¹ Dersom bransjen er preget av transparens er det underforstått at resultater som følge av utvikling, drift og lignende vil bli kjent. Hensynet til hemmelighold vil derfor ikke være fremtredende. Utviklingen skjer ofte i lys av at flere skal ha nytte av den. At transparens hensyn kan spille inn på rettens vurdering av om et bevis skal føres er derfor ikke overraskende.

Samtidig legger Høyesterett i avsnitt 36 videre til grunn at lagmannsrettens begrunnelse ikke er tilstrekkelig godtgjort da

«[...] [s]elskapa synest vere opptekne av at verken detaljerte opplysningar om drifta eller opplysningar om planar om framtidig tiltak skal bli kjende for andre. Særleg gjeld dette naturlegvis for opplysningar om situasjonen på det tidspunktet spørsmålet om innsyn blir aktualisert. Eit selskap vil såleis klart ha behov for hemmelegghald av slike opplysningar».

Transparenthensyn gjorde seg derfor ikke gjeldende i saken. Høyesteretts vurdering taler i stor grad for at en avgjørelse om at et bevis skal føres på bakgrunn av transparens hensyn må ha sterke holdepunkter. Dette forsterkes ytterligere ved at det i disse tilfellene i stor grad vil ses bort fra konkurransehensyn og konsekvensen ved misbruk. Videre synes det for meg at det i disse tilfellene kan bli et spørsmål om det i det hele tatt foreligger en verneverdig forretningshemmelighet.⁹² Uansett må det legges til grunn at bevisføring med bakgrunn i transparens hensyn må begrunnes godt og ha sterke holdepunkter dersom dette skal gis gjennomslag i vurderingen.

Jeg har til nå redegjort for de tilfellene hvor det er klart at det foreligger konkurranse mellom partene, men hva om tvisten står mellom to tidligere konkurrenter eller at den ene parten fremstår som en potensiell fremtidig konkurrent. Hvilken betydning har dette for vurderingen av om bevisføringen er «påkrevd»?

Ved spørsmål om motparten er en potensiell konkurrent er det sentrale om partene har interesser i det samme markedet. Wish og Bailey redegjør for hva det innebærer at partene er i samme marked i *Competition Law* kapittel 1 punkt 5 side 22–39. Det gjennomgående er at

⁹¹ Se punkt 2.3.

⁹² Sml. med punkt 2.2.

retten i disse tilfellene må vurdere hvorvidt selskapet har sammenfallende interesser og er av samme karakter.⁹³

Illustrerende for problemstillingen er LB-2015-46976. Saken sto mellom Nye Kystlink AS (heretter Nye Kystlink) og Color Line AS (heretter Color Line). I saken hadde det tidligere fergeselskapet Kystlink AS (heretter Kystlink) gått konkurs, men var kort tid før konkursen blitt overdratt til Nye Kystlink. Nye Kystlink ønsket i saken innsyn i Color Line sine ruteregnskaper. Kravet hadde bakgrunn i at de mente Color Line hadde misbrukt sin dominerende stilling gjennom generelle og selektive prisreduksjoner med den hensikt å presse Kystlink ut av markedet. Reiseregnskapene ble karakterisert som forretningshemmeligheter etter tvisteloven § 22-10, og retten måtte følgelig vurdere om beviset kunne føres etter tvisteloven § 22-10 andre punktum.

Color Line anfører at utleveringen av informasjonen ikke kunne skje da Nye Kystlink hadde posisjon som «en potensiell konkurrent i markedet». Det ble anført at innsyn i dokumentene reelt ville innebære å gi en konkurrent sensitive forretningsopplysninger som ga «et dyptgående innblikk i hva Color Line AS tjener penger på».⁹⁴

Lagmannsretten uttaler at «[...] Color Line AS [...] kan ha et visst behov for hemmelighet av dokumentene overfor virksomheter som konkurrerer i det samme markedet», og gjør så en vurdering av hvorvidt Nye Kystlink, til tross for at de har avsluttet sin fergevirksomhet er å anse som en konkurrent. Retten uttaler under «lagmannsretten bemerker» følgende:

«Det er [...] på det rene at Nye Kystlink AS i dag ikke driver konkurrerende virksomhet. Fergevirksomheten til rettsforgjengeren ble avvirket i september 2008. Etter september 2008 har hverken Nye Kystlink AS eller selskapets rettsforgjenger drevet fergevirksomhet. Color Line AS har imidlertid anført at det er sannsynlig at Nye Kystlink AS vil starte konkurrerende virksomhet. Det er vist til at selskapets morselskap tidligere har hatt datterselskap som har drevet i konkurranse med Color Line AS, og at det er sannsynlig at virksomheten vil gjenopptas, denne gang i Nye Kystlink AS.

Selv om det ikke kan utelukkes at Nye Kystlink AS i fremtiden starter konkurrerende virksomhet med Color Line AS, har ikke lagmannsretten funnet å legge avgjørende vekt på en slik eventuell fremtidig konkurranse».

⁹³ Se særlig Wish og Bailey (2021) s. 39 «the relevant market must always be defined in any particular case by reference to the facts prevailing at the time [...]».

⁹⁴ Jf. LB-2015-46976 under «Color Line AS og Color Group AS har i hovedtrekk gjort gjeldende:»

Det var dermed ikke av betydning at Nye Kystlinks rettsforgjenger tidligere hadde vært i direkte konkurranse med Color Line. Det forelå på domstidspunktet ingen direkte konkurranse, og da retten ikke så det som tilstrekkelig nærliggende at et konkurranseforhold ville oppstå i nærmeste fremtid var ikke konkurransehensynet tilstrekkelig fremtredende. Samtidig reiser uttalelsen interessante spørsmål. Vil mulig konkurranse i fremtiden spille inn på vurderingen, og kan partene anses som konkurrenter til tross for at den ene har trukket seg ut fra markedet?

I den nevnte dommen er lagmannsretten som vist nokså kort i argumentasjonen. Det legges raskt til grunn at partene ikke er konkurrenter da den ene parten har trukket seg ut av markedet. Retten går heller ikke inn på hvilken følge en dokumentutlevering vil kunne få dersom Nye Kystlink gjenopptar virksomheten.

Det må ved vurderingen ses til at avgjørelsen kommer fra lagmannsretten, og prejudikatverdien følgelig er liten.⁹⁵ Det kan derfor reises spørsmål om dommen i det hele tatt er egnet til å illustrere hvorvidt mulig fremtidig konkurranse er av betydning for rettens vurdering. Samtidig finner jeg at lagmannsrettens konklusjon er rimelig. Dersom retten hadde lagt til grunn at Nye Kystlink i fremtiden kom til å starte med ferjedrift ville begrunnelsen fort blitt spekulativ. Realiteten var at virksomheten var lagt ned omtrentlig syv år tilbake i tid. Da det heller ikke forelå noen faktiske holdepunkter for at ferjedriften skulle gjenopptas forelå det dermed ingen grunn til å vektlegge momentet. De hensyn som begrunner økt hemmelighold ved konkurranse gjorde seg ikke gjeldende i saken.

Likevel, om en hypotetisk sett legger til grunn at Nye Kystlink nylig hadde nedlagt sin ferjevirkosomhet, eventuelt hadde spesifikke planer om å gjenoppta driften er det nærliggende at resultatet burde blitt annerledes. I LB-2015-46976 gjorde ikke konkurransehensynene seg gjeldende da driften hadde vært nedlagt i lengre tid, samt det ikke forelå noen holdepunkter for at ferjedriften skulle gjenopptas. Dersom driften nylig hadde blitt nedlagt, eksempelvis grunnet konkurs. Eller det forelå spesifikke planer for at selskapet skulle starte med fergevirkosomhet i nærmeste fremtid står en imidlertid overfor et tilfelle hvor konkurransehensynene i større grad aktualiseres. Særlig dersom driften kan reddes ved misbruk av de fremlagte opplysningene, eller om et eventuelt misbruk av de fremlagte opplysningene vil kunne gi en konkurransemessig fordel i oppstartsfasen. Hadde

⁹⁵ Se punkt 1.3.

lagmannsretten kommet til samme konklusjon under de nevnte forutsetningene kunne konklusjonen etter min mening vanskelig forsvares. Samtidig, slik saken opprinnelig sto fremstår konklusjonen rimelig og forsvarlig.

4.4 Informasjonens alder

Tid medfører ofte at informasjon blir utdatert. Eksempelvis vil en bedrifts strategi femten år tilbake ikke nødvendigvis gjenspeile dagens strategi. Dette er en naturlig følge av at dagens samfunn er i kontinuerlig utvikling, og at bedrifter stadig må forbedre og effektivisere driften dersom de skal holde tritt med resten av markedet. Spørsmålet er hvordan dette påvirker rettens vurdering av vilkåret «påkrevd», jf. tvisteloven § 22-10 andre punktum. Vil aldringen medføre at behovet for hemmelighold reduseres? Og er det i så fall slik at det alltid foreligger et redusert behov for hemmelighold av eldre dokumenter?

I Rt-2000-1391 tok Høyesteretts kjæremålsutvalg stilling til om Bohus AS var pliktig til å legge frem markedsføringsregnskap i forbindelse med innløsning av aksjer. Som en del av vurderingen, og hvilket behov som forelå for hemmelighold så Høyesterett til regnskapets alder, og påpekte at regnskapene gjaldt for «noen år tilbake».⁹⁶ Aldersmomentet videreføres i Rt-2009-1103. Retten uttaler i avsnitt 37 «at det i saka no er tale om opplysningar om tilhøve som ligg ein del tid attende, vil svekke behovet for hemmeleghald». Utgangspunktet er dermed at behovet for hemmelighold av informasjonen svekkes i takt med informasjonens alder.

Samtidig er dette kun et utgangspunkt. Med videre henvisning til Rt-2000-1391 uttaler ankeutvalget i Rt-2009-1103 avsnitt 37 at «[d]et kan likevel vere slik at også opplysningar som ligg noko attende i tid bør kunne vernast». Det sentrale er dermed ikke informasjonens alder isolert sett, men i hvilken grad det er «tale om konkrete opplysningar som har relevans» for nåværende virksomhet.

En står derfor overfor et generelt utgangspunkt hvor opplysningens alder kommer inn som et moment i vurderingen av hvorvidt bevisføringen er «påkrevd», jf. tvisteloven § 22-10 andre punktum. Men om alderen faktisk har svekket behovet for hemmelighold av opplysningen

⁹⁶ Jf. Rt-2000-1391 s. 1393.

beror på en nærmere vurdering av dens nåværende relevans for virksomheten. Det skal i det videre redegjøres for hva som inngår i denne vurderingen.

I Rt-2009-1103 var bevismaterialet syv til tre år gamle (reiseregnskapene) og mellom syv og fem år gamle (strategidokumentene). I tilknytning den betydningen dokumentenes alder skulle ha for bevisspørsmålet uttalte retten i avsnitt 37 at «strategiske vurderingar vil kunne ha verknad i lang tid». Domstolen ser med det til bevisenes karakter. Aldersmomentet var ikke avgjørende i seg selv, men måtte ses opp mot dokumentets innhold og i hvilken grad innholdet gjenspeilet nåværende drift.

En annen dom som illustrerer hvordan retten ser til opplysningens relevans for nåværende virksomhet i alder-vurderingen er LB-2019-69973. I dommen tok Borgarting lagmannsrett stilling til om Chili Mobil AS (heretter Chili Mobil) subsidiært sett kunne kreve at Telenor Norge AS (heretter Telenor) la frem dokumentasjon som inneholdt detaljer om Telenors kundebase tre og fire år tilbake i tid.

Lagmannsretten viser til Høyesteretts uttalelse i Rt-2009-1103 avsnitt 37, og poengterer at «strategiske vurderingar vil kunne ha verknad i lang tid». Det trekkes videre frem at detaljerte opplysninger om kundeforhold i perioden 2015 til 2016 «kan inneholde[...] strategisk viktige opplysninger om mobilkundenes bruksmønster» og legger til grunn at «[m]aterialet [...] derfor fortsatt [er] konkurransesensitivt og behovet for hemmelighold til stede».

Opplysningens alder hadde dermed ikke svekket opplysningens relevans tilstrekkelig for at dette talte for en bevisføring.

I den tidligere nevnte saken mellom Color Line og Nye Kystlink (LB-2015-46976) var imidlertid tilfellet det motsatte. Forretningshemmeligheten som ble ønsket ført inneholdt informasjon om inntekter og resultater fra om lag ti år tilbake i tid. I vurderingen av dokumentenes relevans for nåværende virksomhet uttaler retten at

«[...] tiden som er gått [svekker] behovet for hemmelighold. Dokumentene inneholder regnskapstall fra ulike deler av virksomheten, og ikke generelle metoder eller strategier. Dokumentene antas derfor å ha langt mindre aktualitet i dag enn for fem til ti år siden».

Lagmannsretten kom endelig frem til at bevisene skulle kreves ført for retten under tiltak om lukkede dører og taushetsplikt.⁹⁷

⁹⁷ Se punkt 4.5 om betydningen av avhjelpende tiltak.

At aldri kan påvirkes forskjellig ut fra dokumentenes karakter fremstår ikke unaturlig. Om en ser til Rt-2009-1103 ga retten delvis innsyn i ruteregnskapene mens innsyn i strategidokumentene ble nektet, dette til tross for at disse var fra samme tidsperiode som reiseregnskapene som ble pålagt ført for retten. Strategidokumenter inneholder ofte informasjon i nærere tilknytning til selve driften, mens ruteregnskaper ofte kun gir uttrykk for økonomiske tall for den spesifikke ruten i det det spesifikke året. Lønnsomheten på ruter varierer med folks reisevaner, og tall i et reiseregnskap som strekker seg fem til syv år tilbake trenger dermed ikke være representative for nåværende drift på samme måte som strategidokumentene. På den andre siden ville skjermingsbehovet for ruteregnskapet vært større dersom disse var yngre og lå tettere opptil tidspunktet for bevisbegjæringen, da nyere reiseregnskap kan utgjøre et grunnlag for planen om videre drift. Skjermingsbehovet av strategidokumentene ville også trolig vært annerledes dersom Norwegian siden oktober 2004 og frem til domsslutning hadde endret strategi for virksomheten. De etterspurte strategidokumentene ville da ikke gjenspeilet dagens drift, og alderen ville påvirket dokumentet på et annet vis.

De nevnte poengene kan illustreres med følgende hypotetiske eksempel. Norwegian fløy i perioden 2008 til 2018 i konkurranse med et annet lokalt selskap daglige flyvninger mellom Oslo og Malmø. I 2019 la Norwegian ned ruten, mens det lokale flyselskapet i 2020 reiste krav om erstatning som følge av misbruk av dominerende stilling i markedet i perioden 2010 til 2018. Flyselskapet anfører at de må få innsyn i all informasjon tilknyttet ruten, mens Norwegian på sin side mener disse er vernet da de er forretningshemmeligheter. Bevisføringen ville gi innsyn i Norwegian sin økonomiske situasjon og opplysninger de mente strakk seg utover informasjonen om strekningen Oslo–Malmø.

En står her overfor et tilfelle hvor den eldste delen av de aktuelle dokumentene er nærmere ti år, noe som i utgangspunktet svekker behovet for hemmelighold. Samtidig er de yngste dokumentene ikke mer enn et par år gamle. Dette medfører at aldersmomentet som gjorde seg gjeldende tilknyttet de eldste dokumentene, ikke gjør seg gjeldende i like store grad på den nyere informasjonen. Samtidig er driften av ruten lagt ned. Likevel kan et innsyn gi mulige innblikk i informasjon om opplysninger som Norwegian's priskalkyle og andre rutestrategiske beslutninger.

I et slikt tilfelle må det ses til om nedleggelsen av ruten i kombinasjon med informasjonens alder har medført et redusert behov for hemmelighold. Dersom opplysningene, tross

aldersmomentet fortsatt inneholder informasjon av relevans for Norwegians nåværende drift, vil det i lys av Rt-2009-1103 være nærliggende at iallfall deler av informasjonen må holdes utenfor bevisføringen. Samtidig, som sett i kapittel 4.2 og 4.3 må tilfellet ses i lys av de hensyn som knytter seg til konkurranse og bevisets verdi for saken. Eksempelvis vil det tale for bevisføring dersom informasjonen gir et klart bilde av hvordan Norwegian faktisk har misbrukt sin posisjon. På den andre siden er partene konkurrenter, og et slikt innsyn vil naturligvis være belastende. Særlig om det skal gis innsyn i informasjon som belyser andre deler av driften enn kun selve driften tilknyttet den aktuelle ruten. Det må derfor gjøres en vurdering hvor det ses til alle sider i saken. Samtidig må retten ha i bakhodet at behovet for hemmelighold som utgangspunkt gradvis reduseres med dokumentenes alder. Dette forsterkes ytterligere av at ruten ikke lenger er operativ. At det iallfall foreligger grunnlag for å føre deler av dokumentene som bevis er derfor ikke utenkelig.

Oppsummert viser en gjennomgang av rettspraksis at det foreligger et generelt utgangspunkt om at behovet for hemmelighold synker i takt med informasjonens alder. Dette kommer frem i både Rt-2000-1391 og Rt-2009-1103. Eksempelvis uttaler Høyesterett i sistnevnte dom avsnitt 43 at dersom det er «tale om meir oppdaterte opplysningar [...] [er det] større grunn til varsemd enn for det eldre materialet». Samtidig må dette ses i lys av andre hensyn, herunder graden av konkurranse,⁹⁸ og i hvilken grad beviset fortsatt er av relevans for nåværende drift av virksomheten.

4.5 Avhjelpende tiltak sin betydning for rettens avgjørelse

Som vist i punkt 3.2 plikter retten etter tvisteloven § 22-12 tredje ledd i de tilfeller de gir «pålegg» etter tvisteloven § 22-10 «å pålegge de tilstedeværende taushetsplikt og forbud mot bruk av forretningshemmeligheten som kan utledes av beviset». Videre «kan [retten] bestemme at muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører», samt «i særlige tilfeller begrense partenes adgang til å benytte rettslige medhjelpere etter § 3-7 til det retten anser nødvendig». Tiltakene er ment å ivareta vernet av en forretningshemmelighet under rettssaken, og følgelig redusere belastningen det kan være for innehaveren av

⁹⁸ Se punkt 4.3.

forretningshemmeligheten å få denne ført for retten.⁹⁹ Dette være seg eksempelvis å redusere muligheten for misbruk av informasjonen. Formålet med dette kapittelet er å redegjøre for om de tiltak som følger av tvisteloven § 22-12 tredje ledd påvirker terskelen for når bevisføringen anses «påkrevd» etter tvisteloven § 22-10 andre punktum.

Høyesteretts ankeutvalg uttalte i Rt-2009-1103 avsnitt 38 at dokumentfremlegging «[i] mange situasjoner vil [...] kunne skje med pålegg om hemmeleghald, jf. tvistelova § 22-12 andre ledd», og legger dermed til grunn at avhjelpende tiltak som eksempelvis taushetsplikt kan virke inn på rettens vurdering av om dokumentet som inneholder forretningshemmeligheten skal føres for retten. Imidlertid er dommen avsagt etter den tidligere tvisteloven § 22-12 andre ledd.¹⁰⁰ Da avhandlingen tar utgangspunkt i gjeldende lovverk, reiser det seg spørsmål om dommer som eksempelvis Rt-2009-1103 er egnet til å illustrere gjeldende rettstilstand.

Det sentrale må her være at tidligere rettspraksis illustrer hvordan retten bruker avhjelpende tiltak i sin vurdering, og hvordan disse tiltakene spiller inn på terskelen tilknyttet hvorvidt bevisføringen er «påkrevd», jf. tvisteloven § 22-10 andre punktum. Om retten «kan» eller «skal» iverksette tiltak er derfor ikke av betydning for den refleksjonen som skal gjøres i tilknytning spørsmålet i hvilken grad avhjelpende tiltak spiller inn på terskelen for når en bevisføring er «påkrevd» etter tvisteloven § 22-10 andre punktum. Det sentrale er hvordan retten trekker frem tiltakene, og ser til om disse forsvarer bevisføringen. Dette gjelder uavhengig av om retten plikter eller ikke plikter å innføre disse tiltakene. Dommer avsagt før nåværende tredje og fjerde ledd kom inn i tvisteloven § 22-12 er derfor fortsatt egnet til å illustrere hvordan retten bruker avhjelpende tiltak i sin vurdering etter gjeldende rettstilstand.

I den nevnte Rt-2009-1103 kom Høyesteretts ankeutvalg til at pålegg om hemmelighold ikke kunne forsvare pålegg om bevisføring utover de dokumentene som lå helt i kjernen av tvistes spørsmålet.¹⁰¹ Begrunnelsen lå i at det var «tale om å gi opplysningane til ein konkurrent – i praksis den einaste konkurrenten på innanriksruter».¹⁰² Til tross for at avhjelpende tiltak i

⁹⁹ Tvl. § 22-12 tredje- og fjerde ledd gjennomfører forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 9, jf. prop. 5 LS (2019–2020) s. 129. Forretningsdirektivets artikkel 9 er igjen ment å gi «vern av forretningshemmeligheter i forbindelse med rettssaker» og følgelig forhindre misbruk, jf. prop. 5 LS (2019–2020) s. 69. Sett i lys av ordlyden i § 22-12 tredje ledd er en naturlig følge at tiltakene er ment å verne forretningshemmeligheten der retten anser det nødvendig å føre denne som bevis.

¹⁰⁰ Punkt 3.2 redegjør for forskjellen mellom den tidligere tvl. § 22-12 andre ledd og nåværende tvl. § 22-12 tredje- og fjerde ledd.

¹⁰¹ Se punkt 4.2.

¹⁰² Jf. Rt-2009-1103 avsnitt 38.

mange tilfeller kan forsvare bevisføring av forretningshemmeligheter,¹⁰³ tyder Høyesteretts uttalelse på at svaret på om bevisføringen faktisk kan skje under disse tiltakene beror på en nærmere vurdering. Dommen viser eksempelvis at tiltakene ved konkurranseforhold vanskelig vil være tilstrekkelig avhjelpende for å forsvare en bevisføring. Tiltakene vil i disse tilfellene ikke ha den virkningen de i utgangspunktet er tiltenkt å ha.

Også i Rt-1998-1624 ble bevisføring under taushetsplikt trukket frem.¹⁰⁴ Lagmannsretten unnlot å drøfte om pålagt taushetsplikt og lukkede dører kunne virke avhjelpende, og redusere sannsynligheten for misbruk ved eventuelt pålegg om bevisføring. Det ble kun lagt vekt på de følgene avsløringen kunne ha, uten at retten gikk inn på hvordan beviset kunne føres i «trygge rammer». Høyesterett kom imidlertid i sin behandling frem til at dette ikke var en feil av lagmannsretten.¹⁰⁵ Høyesterett la til grunn at den manglende drøftelsen om pålegg av taushetsplikt ikke var av betydning for avgjørelsen, og at lagmannsrettens avgjørelse derfor var riktig.¹⁰⁶ Samtidig er det etter min mening ikke utenkelig at det også ville blitt sett på som forsvarlig dersom det ble fattet avgjørelse om føring av beviset under visse tiltak. Dette forsterkes ytterligere av at partene ikke var konkurrenter,¹⁰⁷ og at retten kunne bestemt lukkede dører. Muligheten for misbruk og avsløring av sikkerhetsrutinene utenfor rettssalen ville i et slikt tilfelle langt på vei vært eliminert. Særlig dersom retten kunne skilt ut de irrelevante rapportene fra bevisføringen. Det er derfor i mine øyne ikke utenkelig at saken ville fått et annet resultat dersom den hadde vært ført for retten i dag. Samtidig kom retten frem til en gunstig løsning sett i lys av at saken ble tilstrekkelig opplyst ved bruk av vitner.¹⁰⁸

Virkningen av avhjelpende tiltak trekkes også frem i den tidligere nevnte LB-2019-69973. I saken mellom Chili Mobil og Telenor uttalte lagmannsretten at utgangspunktet for vurderingen av om bevisføringen er «påkrevd» er en større vurdering hvor «[b]etydningen av at dørene kan lukkes og at de tilstedeværende kan pålegges taushetsplikt, vil være en del av drøftelsen».¹⁰⁹

Dommen gjentar med det utgangspunktet i Rt-2009-1103, det som imidlertid fremstår særlig interessant er hvordan retten vurderer hvorvidt det var tilstrekkelig avhjelpende for

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Se punkt 4.2 for gjennomgang av dommen.

¹⁰⁵ Jf. Rt-1998-1624 s. 1626.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Se punkt 4.3 for nærmere redegjørelse av konkurransehensynet.

¹⁰⁸ Se punkt 4.2.

¹⁰⁹ Jf. LB-2019-69973 under «lagmannsretten bemerker: 1. innledning».

bevisføring at analysen av de ønskede fremlagte kundedataene skulle gjøres av en objektiv tredjepart underlagt taushetsplikt.

Chili mobil anfører at

«de etterspurte opplysningene har en helt sentral bevisverdi ved at opplysningene skal brukes til å konstatere at kontantkort er et eget relevant marked, som er avgjørende for at Chili Mobils erstatningskrav skal føre frem. Telenor har en dominerende stilling som tilbyder av grossisttilgang».

Videre hevder Chili Mobil at

«Telenor misbruker denne stillingen ved å operere med for høye priser for slik tilgang sammenholdt med prisene som Telenor selv tar overfor kundene i sluttbrukermarkedet – en såkalt marginskvis. For å bevise dette er det nødvendig å foreta en «marginskvistest», og det er i den forbindelse nødvendig å definere det relevante markedet på sluttbrukernivå hvor misbruket skal vurderes. Markedsavgrensningen er helt avgjørende for vurderingen om det foreligger marginskvis. De etterspurte opplysningene er nødvendig for å kunne vurdere det relevante markedet, herunder hvorvidt kontantkort er et separat marked eller om øvrige mobilabonnement inngår i samme relevante marked».¹¹⁰

Lagmannsretten kom frem til at kundedataen som ble ønsket fremlagt som utgangspunkt måtte «regnes som i høy grad konkurransesensitive, og [at] en fremleggelse vil normalt innebære et konkurransemessig skadepotensial».¹¹¹ Det ble imidlertid reist spørsmål om skadepotensialet ved bevisføringen ville bli såpass begrenset at dette ville forsvare en bevisføring dersom analysen av den nevnte markedsavgrensningen og marginskvis-testen skulle foretas av den objektive tredjeparten Oslo Economics. Oslo Economics skulle pålegges taushetsplikt ved eventuelt innsyn.

Lagmannsretten la som utgangspunkt til grunn at Oslo Economics i sin rapport måtte «gjengi det faktiske grunnlaget for vurderingen som er foretatt, i alle fall på et slikt nivå at Telenor skal ha mulighet til å imøtegå konklusjonen om markedsavgrensningen».¹¹² Under punktet «lagmannsretten bemerker: 2. den konkrete vurderingen» uttalte retten videre, på bakgrunn av dette at «en del av informasjonen som er grunnlaget for rapporten, må legges frem i retten».

¹¹⁰ Jf. LB-2019-69973 under «sakens bakgrunn, De ankede parter, Chili Mobil og Bard Invest AS, har i felles ankeerklæring i hovedtrekk gjort gjeldende:»

¹¹¹ Jf. LB-2019-69973 under «lagmannsretten bemerker: 2. den konkrete vurderingen».

¹¹² Ibid.

Representanter fra Chili Mobil som skulle være til stede i retten ville derfor bli kjent med deler av informasjonen som ble karakterisert som «forretnings- eller driftshemmelighet» etter den daværende tvisteloven § 22-10. Det forelå dermed fortsatt en reell mulighet for konkurransemessig skade for Telenor. Bevisføring ved bruk av den nevnte ordningen kunne derfor kun forsvares dersom bevisverdien av analysen var av tilstrekkelig stor betydning for rettens avgjørelsesgrunnlag. Retten kommer imidlertid frem til at «[b]evisverdien av en analyse som kun vil baseres på Telenors kundegrunnlag og dermed en begrenset del av det relevante markedet, vil[le] [...] være omstridt».¹¹³ Bevisverdien var dermed ikke stor nok til at dette kunne begrunne bevisføring. Konkurransmomentet gjorde seg så sterkt gjeldende at selv om bruken av en tredjepart ville avhjelpe byrden noe, var ikke dette tilstrekkelig sett opp mot bevisets bevisverdi. Etter en helhetlig vurdering hvor retten trekker inn hensynet til sakens opplysning og bevisets verdi veid opp mot det konkurransemessige skadepotensiale, samt muligheten for å avverge disse kom retten frem til at det ikke forelå «en tilstrekkelig sterk begrunnelse for å sette vernet om forretningshemmeligheter til side».¹¹⁴ At dokumentene skulle analyseres av en objektiv tredjepart var derfor ikke tilstrekkelig avhjelpende for å forsvare bevisføring i saken.

Samtidig er spørsmålet tilknyttet virkningen av at bevisanalysen skal foretas av en objektiv tredjepart underlagt taushetsplikt interessant. Dette vil som utgangspunkt innebære at motparten ikke gis direkte innsyn i hele dokumentet, med den naturlige følge at dette kan redusere byrden bevisføringen vil ha for innehaveren. Det er derfor av interesse å foreta en nærmere vurdering av når et slikt tiltak vil være tilstrekkelig avhjelpende for at beviset skal føres.

Retten setter i LB-2019-69973, som følge av at den trekker frem og vurderer i hvilken grad det vil være tilstrekkelig avhjelpende at analysen av dataene skal gjøres av en objektiv tredjepart, et utgangspunkt om at bruk av denne typen tiltak kan forsvare bevisføring av en forretningshemmelighet. Løsningen synes ha flere gode sider ved seg. Ordningen vil blant annet hindre at motparten får direkte innsyn i alle opplysningene som karakteriseres som forretningshemmelighet, samtidig som beviset vil inngå som en del av rettens avgjørelsesgrunnlag. Likevel viser den nevnte dommen at ordningen ikke nødvendigvis kan

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid.

forsvare bevisføring i alle tilfeller. Hvorvidt de rapportene som utarbeides av den objektive tredjeparten skal føres som bevis beror på en konkret helhetsvurdering.

Bakgrunnen for at konklusjonen må bero på en helhetsvurdering er at det ved bevisføring av et bevis som inneholder en forretningshemmelighet, uavhengig av hvilke tiltak denne gjøres under vanskelig kan unngås at deler av forretningshemmeligheten ikke blir kjent. Rettens fremgangsmåte i LB-2019-69973 synes å ta til orde for at vurderingen av om tiltak hvor analysen foretas av en objektiv tredjepart underlagt taushetsplikt er tilstrekkelig avhjelpende, beror på bevisets konkurransesensitive karakter sett opp mot bevismiddelets bevisverdi. Slik sett synes de momentene som gjør seg gjeldende i den generelle bevisføringsvurderingen etter § 22-10 andre punktum,¹¹⁵ også å gjøre seg gjeldende i vurderingen av om retten skal pålegge bevisføring under dette tiltaket. Det må derfor vurderes om rapportens betydning for avgjørelsesgrunnlaget kan forsvare bruk av tiltaket, sett i lys av den sensitive informasjonen bevisføringen vil avsløre og eventuell konkurranse mellom partene. Ordningen må være tilstrekkelig avhjelpende og forsvarlig veid opp mot hensynet til innehavers behov for hemmelighold og konsekvensen ved mulig misbruk av informasjonen.

Samtidig er dommen fra lagmannsretten, og prejudikatverdien er følgelig som utgangspunkt liten.¹¹⁶ Imidlertid fremstår det for meg at bruk av objektive tredjeparter underlagt taushetsplikt er hensiktsmessig i de tilfellene hvor avhjelpende tiltak, som eksempelvis taushetsplikt akkurat ikke er tilstrekkelige for å begrunne fremleggelse av beviset som inneholder forretningshemmeligheten. Ved at bevisene analyseres av en tredjepart vil det fortsatt gis noe innsikt da tredjepartens rapport vil bli ført for retten. Likevel vil innsynet som gis til motparten være mindre i disse tilfellene, enn hva som vil være tilfelle der motparten kun pålegges taushetsplikt og forhandlingen går for lukkede dører. I disse tilfellene vil motparten gis et godt innblikk i beviset. Samtidig vil en slik ordning ikke kunne begrunne bevisføring dersom konkurranseforholdet er sterkt, og bevisverdien til rapporten som utarbeides av tredjeparten ikke er så høy at denne i seg selv gir gode grunner for å føre beviset. Dette begrunnes i de konkurransemessige hensynene og muligheten for, og konsekvensen ved misbruk. Foreligger det en mulighet for misbruk slår behovet for hemmelighold inn, og utgangspunktet synes fortsatt å være at avhjelpende tiltak i disse tilfellene ikke kan ha virkning for hvorvidt retten skal tillate bevisføringen. Dette være seg

¹¹⁵ Se punkt 4.2, 4.3 og 4.4.

¹¹⁶ Se punkt 1.3.

behovet for hemmelighet overfor motparten direkte, eller at det generelt gis innsyn i dokumentene, eksempelvis til en objektiv tredjepart. Det er av disse grunner ikke utenkelig at rapporten fra Oslo Economics ville blitt ført i LB-2019-69973 dersom retten hadde funnet bevisverdien større, eller at partenes konkurranse var mindre.¹¹⁷ Uansett, slik jeg leser lagmannsrettens vurdering i LB-2019-69973 er min oppfatning at retten fattet riktig avgjørelse sett ut fra deres vurdering av bevisverdien, konkurransehensynet og sakens faktiske sider.

Schei mfl. uttaler i tvistelovens kommentarutgave (2013) bind II på side 884 at det ved avveiningen også «bør [...] tas hensyn til om motparten kan være tilstrekkelig hjulpet ved å få tilgang til opplysningene i anonymisert form». Eksempelvis sladding av særlig sensitiv informasjon. Hvordan anonymisering kan virke inn på muligheten for bevisføring av det respektive dokumentet er interessant. Tiltaket vil kunne ha effekt dersom informasjonen i sin helhet har stor bevisverdi og derfor bør føres, men konkurransehensynet står sterkt og dokumentet inneholder informasjon av sensitiv karakter. Dersom de negative følgene ved en bevisføring i dette tilfellet kan avhjelpes ved at informasjonen som fremstår mest skjermingsverdige kan anonymiseres, samtidig som bevisverdien ivaretas taler dette for anonymisering. Dette vil medføre at beviset føres og inngår i rettens avgjørelsesgrunnlag, samtidig som innehavers interesse for hemmelighet ivaretas så langt som mulig.

Samlet sett viser gjennomgangen i punkt 4.5 at avhjelpende tiltak kan virke inn på rettens vurdering og terskelen for om et bevis skal føres. Om tiltakene faktisk virker inn beror imidlertid på en konkret vurdering. Dersom konkurransehensynet gjør seg særlig gjeldende, og beviset ikke er av vesentlig betydning for saken skal det eksempelvis mye til før en bevisføring kan forsvares uavhengig av avhjelpende tiltak.

¹¹⁷ Se i lys av punkt 4.2 og 4.3.

5 Avsluttende bemerkninger

Denne avhandlingen viser at retten i sin vurdering av tvisteloven § 22-10 andre punktum og vilkåret «påkrevd» til dels synes skille mellom sterke og svake forretningshemmeligheter. Desto mer sensitiv hemmeligheten er, desto mer skal til for at denne føres. Samtidig må forretningshemmelighetens karakter ses opp mot de hensyn som gjør seg gjeldende i saken. Er bevisverdien stor, taler dette for bevisføring. Men foreligger det konkurranse er situasjonen en annen og rettspraksis gir tydelig uttrykk for at det skal mye til for at en forretningshemmelighet skal føres som bevis, uavhengig av karakter. Dette innebærer at det i en sak mellom to ikke-konkurrenter kan være forsvarlig å føre beviset under de tiltak som følger av tvisteloven § 22-12 tredje ledd. Mens den samme opplysningen måtte blitt holdt utenfor bevisføringen i en sak mellom to parter i konkurranse.

Av de nevnte grunner er det nærliggende at rettspraksis og det resultatet retten kommer til tidvis kan fremstå noe vilkårlig. Imidlertid er mitt inntrykk at dette skyldes sakens karakter, og den betydningen retten individuelt ilegger bevisets verdi og hvordan retten vurderer konkurranseforholdet mellom partene.

Kilderegister

Artikler

Graver (2008) Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008, Vol 121, utg. 3, s 149–178.

Bøker

Hjort (2016) Hjort, Maria Astrup, *Tilgang til bevis i sivile saker: særlig om digitale bevis*, Universitetsforlaget, 2016.

Monsen (2012) Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm Akademisk, 2012.

Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, Universitetsforlaget.no, 3. utgave, 2017.

Soltane (2021) Soltane, Monia Fleischer Ben, *Forretningshemmelighedens retsværn – forandring, forankring og fremtidsperspektiver*, Djøf Forlag, 2021.

Wish og Bailey (2021) Whish, Richard og David Bailey, *Competition Law*, 10. utgave, Oxford, 2021.

Kommentarutgaver

Schei mfl. (2013) Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie, *Tvisteloven Kommentارutgave*, Bind II, Universitetsforlaget, 2. utgave, 2013.

Schei mfl. (2022), *Tvisteloven: kommentarutgave*, bekreftet à jour per 1. september 2022 Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch og Toril M. Øie, *Tvisteloven: Ajourført versjon av Tvisteloven, kommentarutgave*, bekreftet à jour per 1. september 2022, Juridika (<https://juridika.no/no/lov/2005-06-17-90>) Lastet ned 24. oktober 2022.

Direktiver og andre internasjonale avtaler

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, vedtatt 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

Direktiv 2016/943/EU EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2016/943/EU av 8. juni 2016 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse (forretningshemmelighetsdirektivet).

Lovforarbeider

NOU 2001:32 B	NOU 2001:32 B Rett på sak - Lov om tvisteløsning (tvisteloven).
Prop. 5 LS (2019–2020)	Prop. 5 LS (2019–2020) 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).

Lover

Domstolloven	Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene.
Tvistemålsloven (tvml.)	Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål.
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Tvisteloven (tvil.)	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.
Forretningshemmelighetsloven	Lov 27. mars 2020 nr. 15 om vern av forretningshemmeligheter.

Rettspraksis

Norges Høyesterett

Rt-1987-420

Rt-1993-1137

Rt-1998-1624

Rt-2000-1391

Rt-2003-1215

Rt-2009-1103

Borgarting lagmannsrett

LB-1998-2327

LB-2015-46976

LB-2019-69973