EFTA-DOMSTOLENS DOM

9. august 2024*

(*Direktiv (EU) 2016/943 – Regler om bevis og fremleggelse av fortrolige opplysninger – Konfidensialitetsregimer – Forretningshemmeligheter – Privat håndhevelse av konkurransereglene – Interesseavveining – Direktiv 2014/104/EU artikkel 5*)

I sak E-11/23,

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

Låssenteret AS

og

Assa Abloy Opening Solutions Norway AS

om tolkningen av Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, særlig artikkel 54, og artikkel 9 i europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Páll Hreinsson, president, og dommerne Bernd Hammermann (saksforberedende dommer) og Michael Reiertsen,

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk. Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og er basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innleggene inngitt på vegne av:

– Låssenteret AS («Låssenteret»), representert ved advokatene Peter Hallsteinsen og Henrik Nordling,

– Assa Abloy Opening Solutions Norway AS («Assa Abloy»), representert ved advokatene Beret Sundet og Simen Skjold Søgaard,

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

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

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Låssenteret, representert ved Henrik Nordling og Peter Hallsteinsen; Assa Abloy, representert ved Beret Sundet og Simen Skjold Søgaard; ESA, representert ved Claire Simpson og Erlend Møinichen Leonhardsen; og Kommisjonen, representert ved Julie Samnadda, i rettsmøtet 13. mars 2024,

slik

D O M

I RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-rett

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

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

2 EØS-avtalen artikkel 54 lyder:

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

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,

b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,

c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,

d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

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

EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen skal gjennom fortolkningen og anvendelsen av EØS-avtalen og denne avtale ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet etter undertegningen av EØS-avtalen, og som berører fortolkningen av EØS-avtalen eller av regler i traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap og traktaten om opprettelse av Det europeiske kull- og stålfellesskap så langt de i sitt materielle innhold er identiske med bestemmelsene i EØS-avtalen eller bestemmelsene i protokoll 1–4 og bestemmelsene i de rettsakter som svarer til dem som er oppført i vedlegg I og II til denne avtale.

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

5 Avsnitt 4, 7, 10, 15, 24, 25 og 38 i fortalen til direktiv 2016/943 lyder:

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

7) Nasjonale regler varierer også med hensyn til om rettmessige innehavere av forretningshemmeligheter kan kreve at varer produsert av tredjepart som bruker forretningshemmeligheter ulovlig, skal tilintetgjøres, eller at dokumenter, filer eller materiale som inneholder eller utgjør den ulovlig tilegnede eller brukte forretningshemmeligheten, skal leveres tilbake eller tilintetgjøres. Videre tar gjeldende nasjonale regler for beregning av skadeserstatning ikke alltid hensyn til forretningshemmelighetenes immaterielle art, som gjør det vanskelig å dokumentere den faktisk tapte fortjenesten eller inngripers uberettigede gevinst i tilfeller der de aktuelle opplysningenes markedsverdi ikke kan fastsettes. Bare et fåtall medlemsstater tillater anvendelse av abstrakte regler for beregning av skadeserstatning på grunnlag av en rimelig royalty eller avgift som skulle vært betalt dersom det var gitt tillatelse til å bruke forretningshemmeligheten. Dessuten fastsetter mange nasjonale regler ikke tilstrekkelig beskyttelse av en forretningshemmelighets fortrolighet når innehaveren av en forretningshemmelighet bringer et krav inn for retten på grunn av en tredjeparts påståtte ulovlige tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten, noe som gjør de eksisterende tiltakene og rettsmidlene mindre tiltrekkende og svekker den beskyttelsen som tilbys.

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

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

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

25) Slike krav bør minst omfatte muligheten til å begrense kretsen av personer som har rett til å få tilgang til beviser eller adgang til rettsmøter, med tanke på at alle disse personene bør være underlagt fortrolighetskravene fastsatt i dette direktiv, og muligheten til å offentliggjøre bare de delene av rettsavgjørelser som ikke er fortrolige. Med tanke på at en vurdering av arten av opplysningene som er gjenstand for en tvist, er et av hovedformålene med rettergang, er det i denne sammenheng særlig viktig å sikre både en effektiv beskyttelse av forretningshemmeligheters fortrolighet og respekt for partenes rett til effektiv klageadgang og til rettferdig rettergang. Den begrensede kretsen av personer bør derfor bestå av minst én fysisk person fra hver av partene samt deres respektive advokater, og eventuelt andre representanter som i samsvar med nasjonal rett er kvalifiserte til å forsvare, representere eller ivareta interessene til en part i en rettergang som omfattes av dette direktiv, og alle bør ha full tilgang til slike beviser eller full adgang til slike rettsmøter. Dersom en av partene er en juridisk person, bør vedkommende kunne foreslå en eller flere fysiske personer som bør inngå i den kretsen av personer, slik at det sikres at den juridiske personen er tilstrekkelig representert, med forbehold for egnet domstolskontroll for å hindre at formålet med å begrense tilgangen til beviser og adgangen til rettsmøter undergraves. Slike beskyttelsestiltak bør ikke oppfattes som et krav om at partene skal være representert ved en advokat eller en annen representant under rettergangen, når slik representasjon ikke kreves i henhold til nasjonal rett. De bør heller ikke oppfattes som en begrensning av domstolenes myndighet til, i samsvar med gjeldende regler og praksis i den berørte medlemsstaten, å beslutte hvorvidt og i hvilken utstrekning relevante tjenestemenn ved domstolene også bør ha full tilgang til beviser og full adgang til rettsmøter i forbindelse med utøvelsen av sine oppgaver.

38) Dette direktiv bør ikke berøre anvendelsen av konkurranseregler, særlig artikkel 101 og 102 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV). De

tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er fastsatt i dette direktiv, bør ikke anvendes for å begrense konkurransen på en utilbørlig måte i strid med TEUV.

6 Direktiv 2016/943 artikkel 1 nr. 1 og 2, med overskriften «Formål og virkeområde», lyder:

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

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

2. Dette direktiv berører ikke

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

b) anvendelsen av unionsregler eller nasjonale regler som krever at innehavere av forretningshemmeligheter av hensyn til allmennhetens interesse skal formidle opplysninger, herunder forretningshemmeligheter, til offentligheten eller til forvaltnings- eller rettsmyndigheter for at disse myndighetene skal kunne utføre sine oppgaver,

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

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

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

I dette direktiv menes med

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

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

b) Den har en salgsverdi fordi den er hemmelig.

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

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

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

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

8 Direktiv 2016/943 artikkel 3, med overskriften «Lovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter», lyder:

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

a) Uavhengig oppdagelse eller frambringelse.

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

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

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

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

9 Direktiv 2016/943 artikkel 4, med overskriften «Ulovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter», lyder:

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

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

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

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

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

a) Vedkommende har tilegnet seg forretningshemmeligheten ulovlig.

b) Vedkommende har misligholdt en avtale om fortrolighet eller en annen plikt til ikke å formidle forretningshemmeligheten.

c) Vedkommende har misligholdt en avtaleforpliktelse eller en annen plikt til å begrense bruken av forretningshemmeligheten.

4. Tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet skal også anses som ulovlig når en person, på tidspunktet for tilegnelsen, bruken eller formidlingen, visste eller under de gitte omstendighetene burde ha visst at forretningshemmeligheten var mottatt direkte eller indirekte fra en person som brukte eller formidlet forretningshemmeligheten ulovlig i henhold til nr. 3.

5. Å produsere, tilby for salg eller bringe i omsetning varer som gjør inngrep, eller å importere, eksportere eller lagre varer som gjør inngrep, for disse formålene, skal også anses som ulovlig bruk av en forretningshemmelighet dersom den personen som utøver slik virksomhet, visste eller under de gitte omstendighetene burde ha visst at forretningshemmeligheten ble brukt ulovlig i henhold til nr. 3.

10 Direktiv 2016/943 artikkel 9, med overskriften «Bevaring av forretningshemmeligheters fortrolighet i forbindelse med rettergang», lyder:

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

denne forbindelse kan medlemsstatene også tillate at vedkommende rettsmyndigheter handler på eget initiativ.

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

a) Dersom det ved en endelig avgjørelse fastslås at den påståtte forretningshemmeligheten ikke oppfyller kravene i artikkel 2 nr. 1, eller

b) dersom de aktuelle opplysningene over tid blir allment kjent blant eller lett tilgjengelige for personer i kretser der det er vanlig å behandle denne typen opplysninger.

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

Tiltakene nevnt i første ledd skal minst omfatte muligheten til

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

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

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

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

3. Når vedkommende rettsmyndigheter treffer avgjørelse om tiltakene nevnt i nr. 2 og vurderer om de står i rimelig forhold til målet, skal de ta hensyn til behovet for å sikre retten til effektiv klageadgang og til rettferdig rettergang, partenes og eventuelt tredjeparts rettmessige interesser, og eventuell skade som partene og

eventuelt tredjepart kan bli påført som følge av at slike tiltak godkjennes eller avvises.

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

11 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om visse bestemmelser om søksmål etter nasjonal rett vedrørende erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurranseregler (EUT 2014 L 349, s. 1) («direktiv 2014/104») er ikke gjennomført i EØS-avtalen.

12 Direktiv 2014/104 artikkel 1, med overskriften «Formål og virkeområde», lyder:

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

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

13 Direktiv 2014/104 artikkel 5, med overskriften «Framlegging av bevis», lyder:

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

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

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

3. Medlemsstatene skal sikre at nasjonale domstoler begrenser framleggingen av bevis til det som er forholdsmessig. Ved vurderingen av om en parts anmodning om framlegging er forholdsmessig, skal nasjonale domstoler ta

hensyn til alle berørte parter og tredjeparters rettmessige interesser. De skal særlig ta hensyn til

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

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

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

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

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

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

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

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

Nasjonal rett

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

15 Tvisteloven § 21-3 første ledd lyder:

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

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

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

17 Tvisteloven § 22-12 annet til fjerde ledd lyder:

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

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

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

18 Tvisteloven § 26-7, med overskriften «Tvist om bevistilgang», lyder:

(1) Ved tvist om tilgang til bevisgjenstander kan retten kreve gjenstanden framlagt til avgjørelse av om den utgjør bevis.

(2) Imøtegås begjæringen om bevistilgang med at det foreligger bevisforbud eller bevisfritak, kan ikke bevisgjenstanden framlegges uten at retten i kraft av særlig lovbestemmelse kan bestemme at beviset likevel skal føres. Er bare deler av bevisgjenstanden underlagt bevisforbud eller bevisfritak, skal om mulig det øvrige framlegges. § 24-8 tredje ledd annet og tredje punktum gjelder tilsvarende.

(3) Retten treffer i nødvendig utstrekning nærmere bestemmelser om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på, hvordan det skal oppbevares og andre forhold av betydning for føringen av beviset. Beviset gjøres ikke kjent før tvisten om bevistilgang er bindende avgjort.

II FAKTUM OG SAKSGANG

19 Låssenteret driver med salg, installasjon og vedlikehold av lås- og sikkerhetssystemer. Assa Abloy er en del av Assa Abloy-konsernet og produserer og selger låser, nøkler, dørhåndtak og dørlukkere og tjenester innen adgangskontroll for privatpersoner og til

profesjonelle aktører, slik som låsesmeder, byggevareforretninger industrimarkedet og elektromarkedet. Produkt- og tjenestespekteret omfatter mekaniske låssystemer og elektronisk adgangskontroll.

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

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

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

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

24 I hovedsøksmålet har Låssenteret anført at Assa Abloy har en dominerende stilling i markedet for mekaniske og elektromekaniske låser/låssystemer og i ettermarkedene for salg av reservedeler til slike systemer, inkludert vedlikehold, utvidelser mv., og at misbruket kan ha virkninger i installasjonsmarkedet. Ifølge anmodningen er tvisten grenseoverskridende i den forstand at både Assa Abloy og Låssenteret opererer i EØS-området. Partene er uenige om hvordan markedet skal defineres, både når det gjelder produktmarkedet og det geografiske markedet.

25 Låssenteret hevder at Assa Abloy har misbrukt sin dominerende stilling ved å si opp Låssenterets TVSS- og LLS-avtaler på usaklig grunnlag. Låssenteret har også anført at det foreligger misbruk ved at Assa Abloy i etterkant aktivt har medvirket til at

Låssenteret er forsøkt presset ut av markedet, blant annet ved at Låssenteret ikke får rabatter som tidligere og ikke får mulighet til å lage komponenter, men i stedet må bestille disse fra Assa Abloy. Låssenteret anfører at dette fører til vesentlige forsinkelser sammenlignet med Låssenterets konkurrenter. Låssenteret anfører videre at Assa Abloy har delt markedssensitiv og konfidensiell informasjon med Låssenterets konkurrenter, forfordelt Låssenteret i produksjonskapasitet og logistiske spørsmål og snakket negativt om Låssenteret til potensielle kunder. Låssenteret mener at selskapet derved er blitt avskåret fra å inngi konkurransedyktige tilbud om utvidelser og/eller vedlikehold av allerede installerte Assa Abloy-systemer hos egne kunder og andre. Låssenterets hevder at misbruket er egnet til å begrense konkurransen.

26 Assa Abloy anfører at selskapet ikke har noen dominerende stilling i noe marked, og at det ikke er fremlagt bevis for det motsatte. Subsidiært bestrider Assa Abloy at det foreligger misbruk av en dominerende stilling. Selskapet har ikke anvendt ulike vilkår for likeverdige transaksjoner og har følgelig ikke stilt Låssenteret ugunstigere i konkurransen. Det anfører at oppsigelsene var saklige og rettmessige. Endringene i rabattordningen må ses i sammenheng med oppsigelsen av LLS-avtalen. Assa Abloy hevder det ikke er holdepunkter for at Låssenteret stenges ute fra markedet.

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

> *Provokasjonene nummer 5 til 8, som senere er formulert som en samlet provokasjon, gjelder interne dokumenter og korrespondanse om Assa Abloys markedsposisjon i Norge og Europa innenfor markeder som indirekte eller direkte gjelder en eller flere av kategoriene låser, låssystemer, komponenter, uavhengig av om disse er mekaniske, elektromekaniske eller elektriske, i perioden l. desember 2019 til 31. desember 2022. I provokasjon nummer l4 bes det om alle markedsanalyser, strategidokumenter eller andre interne dokumenter som beskriver Assa Abloys stilling i Norge i markedet for elektromekaniske låssystemer, mekaniske låssystemer eller grossistsalg av reservedeler. Provokasjon nummer l3 gjelder markedsanalyser, strategidokumenter eller andre interne dokumenter som beskriver Assa Abloys stilling i det norske markedet i perioden 2019 til 22. desember 2022.*
>
> *Provokasjonene nummer 9 og 10 gjelder henholdsvis avtaler mellom Assa Abloy og Certego AS knyttet til mekaniske og elektromekaniske låssystemer i Norge i perioden 2019 til 2022, herunder TVSS- og lisensavtaler med priser og detaljert liste over oppnådde priser for salg av elektromekaniske og mekaniske låssystemer til Certego AS i perioden 2019 til 2022. I provokasjon nummer 11 og 12 er det bedt om navn på Assa Abloys 10 største kunder målt i verdi for hvert år i perioden 2019 til 2022, og alle rabattmatriser som er brukt overfor disse 10 største kundene. I provokasjon nummer 15 er det bedt om all skriftlig intern korrespondanse som vedrører kvantumsrabatt eller andre prisreduksjoner relatert til volum/mengde av kjøpte varer i perioden 2019 til 2022 til eller fra nærmere bestemte personer i Assa Abloy.*

Provokasjon nummer 16 gjelder liste over Assa Abloys 50 største kunder i Norge basert på omsetning, med angivelse av navn og omsetning, eventuelt på konsernbasis hvor det er aktuelt, for årene 2020, 2021 og 2022.

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

28 Ifølge anmodningen er partene enige om, og det synes heller ikke tvilsomt, at bevisene som søkes fremlagt, inneholder fortrolige opplysninger, men partene er uenige om disse opplysningene inneholder forretningshemmeligheter i henhold til direktiv 2016/943. Låssenteret har anført at det innenfor rammene av tvisteloven kan etableres et konfidensialitetsregime slik at bevis inneholdende forretningshemmeligheter likevel kan fremlegges. Det er foreslått tre alternative innretninger for et slikt regime: 1) Et konfidensialitetsregime hvor Assa Abloy, retten, prosessfullmektiger og de sakkyndige har tilgang til dokumenter som anses som Assa Abloys forretningshemmeligheter, men ikke Låssenteret som part; 2) Et konfidensialitetsregime hvor Assa Abloy, retten, prosessfullmektiger og de sakkyndige har tilgang til dokumenter som anses som Assa Abloys forretningshemmeligheter, men hvor Låssenterets rettigheter i den forbindelse ivaretas av en person som ikke har kommersielle funksjoner (Låssenteret har foreslått selskapets IT-direktør), og som pålegges taushetsplikt; 3) Fremleggelse for lukkede dører og taushetsplikt for de tilstedeværende («in camera»), både med og uten partsrepresentant (hvis partene får tilgang, vil det være med samme straffesanksjonerte pålegg om taushetsplikt).

29 Ifølge anmodningen gjelder den EØS-rettslige tolkningstvilen i den foreliggende saken om bevistilgang for det første det saklige virkeområdet (*ratione materiae*) for lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven), som gjennomfører direktiv 2016/943. Tvisteloven § 22-12 tredje og fjerde ledd gjennomfører artikkel 9 i direktiv 2016/943. Låssenteret gjør gjeldende at forretningshemmelighetsloven ikke får anvendelse, fordi direktiv 2016/943 bare gjelder rettstvister der tvistegjenstanden er tilegnelse eller bruk av tilegnede forretningshemmeligheter. Dersom direktivet skulle få et videre virkeområde i norsk rett, kan ikke dette lede til en begrensning av bevistilgangen til skade for privat håndhevelse av konkurransereglene. Assa Abloy anfører at virkeområdet for direktiv 2016/943 ikke er omtvistet, men at direktivet får et bredere virkeområde etter norsk rett enn det som kreves. Spørsmålet gir følgelig ikke opphav til noen EØS-rettslig tvil om tolkningen. Videre er det uenighet om artikkel 9 i direktiv 2016/943 innebærer at partsrepresentanten må være en del av den kretsen av personer som får tilgang til rettsmøter og bevismateriale i et konfidensialitetsregime.

30 Ifølge anmodningen er partene også uenige om hvilken betydning EØS-rettslige prinsipper generelt har for tilgang til bevis i saker om privat håndhevelse av EØS-rettens konkurranseregler. EU-rettslige bestemmelser som ikke er en del av EØS-avtalen, får i utgangspunktet ikke betydning for norsk sivilprosess, bortsett fra den indirekte betydningen disse kan få gjennom mer generelle prinsipper som lojalitetsplikten og utgangspunktet om at EU- og EØS-rettslige bestemmelser skal tolkes på en ensartet

måte. Partene er uenige om effektivitets- og/eller homogenitetsprinsippet medfører at nasjonal prosessrett må tolkes i samsvar med direktiv 2014/104 artikkel 5, selv om dette ikke er del av EØS-avtalen. Det er videre uenighet om effektivitetsprinsippet innebærer at tilgang til forretningshemmeligheter som bevis må kunne fremlegges innenfor rammene av et konfidensialitetsregime.

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

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

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

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

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

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

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

32 Ved brev 3. oktober 2023 anmodet Lassenteret EFTA-domstolen om å revidere den engelske oversettelsen av anmodningen for å korrigere oversettelsen av det norske begrepet forretningshemmelighet. Den 6. oktober 2023 ga justissekretæren Assa Abloy

anledning til å inngi innlegg. Assa Abloy sendte merknader ved brev 10. oktober 2023. Justissekretæren skrev 12. oktober 2023 til partene at presidenten etter en grundig vurdering av begge parters anførsler hadde besluttet ikke å endre oversettelsen. Disse anførslene er lagt inn i sakens dokumenter.

33 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige bakgrunnen, de faktiske forholdene, saksgangen og forslagene til svar som er inngitt til EFTA-domstolen. Partenes argumenter nevnes eller drøftes i det følgende bare så langt det er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-DOMSTOLENS SVAR

Spørsmål 1

34 Ved sitt første spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om det saklige virkeområdet for direktiv 2016/943 er begrenset til saker hvor tvistegjenstanden er bruk av tilegnede forretningshemmeligheter. Det fremgår av anmodningen at hovedsaken gjelder tolkningen av nasjonale regler om krav om bevistilgang i en sak om privat håndhevelse av konkurranseretten i EØS.

35 I henhold til avsnitt 24 i fortalen til direktiv 2016/943 søker direktivet blant annet å beskytte den omstridte forretningshemmelighetens fortrolighet i forbindelse med rettergang som innledes for å forsvare forretningshemmeligheten. Videre fremgår det av avsnitt 38 i fortalen til direktiv 2016/943 at direktivet ikke bør berøre anvendelsen av konkurransereglene, og at de fastsatte tiltakene, fremgangsmåtene og rettsmidlene ikke bør anvendes for å begrense konkurransen på en utilbørlig måte. Direktiv 2016/943 bør derfor ikke anvendes eller tolkes på en slik måte at rettighetene og forpliktelsene som følger av EØS-avtalen artiklene 53 og 54 ikke blir effektive.

36 Det følger av formålet, som fastsatt i direktiv 2016/943 artikkel 1 nr. 1, jf. avsnitt 4 i fortalen, at virkeområdet for direktiv 2016/943 bare gjelder ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter og ikke fastsetter tiltak for å beskytte forretningshemmeligheters fortrolighet i andre typer rettssaker (jf. dom 7. september 2021 i *Klaipėdos regiono*, C-927/19, EU:C:2021:700, avsnitt 97).

37 Videre minner EFTA-domstolen om at direktiv 2016/943 artikkel 3 nr. 2 fastsetter at tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet skal anses som lovlig i den utstrekning det kreves eller tillates i henhold til EØS-retten eller nasjonal rett (jf. dommen i *Klaipėdos regiono*, C-927/19, sitert over, avsnitt 100).

38 Svaret på det første spørsmålet må derfor bli at virkeområdet for direktiv 2016/943 bare gjelder ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter og at det ikke fastsetter tiltak for å beskytte forretningshemmeligheters fortrolighet i andre typer rettssaker.

Spørsmål 2, 3, 4 og 5

39 Ved sitt andre spørsmål søker den anmodende domstol i hovedsak veiledning om direktiv 2016/943 åpner for at en nasjonal domstol kan etablere et konfidensialitetsregime der ikke minst én fysisk person fra hver av sakens parter gis tilgang til bevis som er forretningshemmeligheter og som legges frem i saken. Ved sitt tredje spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om direktiv 2016/943 artikkel 9 nr. 2 siste punktum uttrykker et generelt EØS-rettslig prinsipp om at en nasjonal domstol ikke kan etablere et konfidensialitetsregime som beskrevet i spørsmål 2. Ved sitt fjerde spørsmål spør den anmodende domstol om det har betydning for svaret på et eller flere av spørsmål 1 til 3 at forretningshemmelighetene som kreves fremlagt som bevis, er konkurransesensitive i forhold til den som krever tilgang til opplysningen. Ved sitt femte spørsmål spør den anmodende domstol i hovedsak om EØS-retten i en sak som gjelder misbruk av en dominerende stilling etter EØS-avtalen artikkel 54, krever at en nasjonal domstol skal pålegge den part som det anføres at har misbrukt sin dominerende stilling, å fremlegge bevis som er forretningshemmeligheter, uten at domstolen gjør en avveining av partenes interesser. EFTA-domstolen anser det hensiktsmessig å besvare disse spørsmålene samlet.

40 Det følger av svaret på det første spørsmålet at kravet i direktiv 2016/943 artikkel 9 nr. 2 siste punktum ikke får anvendelse på saker som dem hovedsaken gjelder. Følgelig er direktiv 2016/943 ikke til hinder for at en nasjonal domstol i en sak som den hovedsaken gjelder, kan etablere et konfidensialitetsregime der ikke minst én fysisk person fra hver av sakens parter gis tilgang til bevis som er forretningshemmeligheter og som legges frem i saken.

41 Ifølge anmodningen gjennomfører imidlertid tvisteloven § 22-12 tredje og fjerde ledd direktiv 2016/943 artikkel 9. Ved å vedta de omtvistede bestemmelsene i nasjonal rett kan den norske lovgiveren derfor ha ment at direktiv 2016/943 artikkel 9 nr. 2 skulle ha et videre virkeområde enn det direktivet krever. I den utstrekning tvisteloven § 22-12 tredje og fjerde ledd også gjelder saker som ligger utenfor virkeområdet for direktiv 2016/943, påpeker EFTA-domstolen at det er fast rettspraksis at når nasjonal lovgivning som regulerer rent interne situasjoner som ikke omfattes av EØS-retten, vedtar samme eller lignende løsninger som EØS-retten, er det i EØS-statenes interesse å forebygge fremtidige tolkningsforskjeller. Bestemmelser eller begreper hentet fra EØS-retten bør følgelig tolkes på en ensartet måte, uavhengig av de omstendighetene de får anvendelse under. Siden EFTA-domstolens domsmyndighet er begrenset til utelukkende å vurdere og tolke bestemmelser i EØS-retten, er det imidlertid den nasjonale domstolen som må vurdere det eksakte virkeområdet for den aktuelle henvisningen til EØS-retten i nasjonal lovgivning (se dom 19. april 2023 i *Verkfræðingafélag Íslands*, E-9/22, avsnitt 25 og rettspraksis som det vises til der).

42 Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om tvisteloven § 22-12 tredje og fjerde ledd også inneholder kravet i direktiv 2016/943 artikkel 9 nr. 2 siste punktum, og hvorvidt forutsetningen om at bestemmelser eller begreper hentet fra EØS-retten må tolkes på en ensartet måte, er oppfylt.

43 I denne sammenhengen påpeker EFTA-domstolen at anvendelsen av direktiv 2016/943 artikkel 9 nr. 2 utenfor dets tiltenkte virkeområde må være forenlig med andre EØS-rettslige regler. Det følger av avsnitt 25 i fortalen at begrunnelsen for konfidensialitetsregimet skissert i direktiv 2016/943 artikkel 9 nr. 2, er uløselig knyttet til den spesielle typen saker som dette direktivet får anvendelse på. Formålene til dette direktivet kan være mindre relevante for saker som ligger utenfor dets tiltenkte virkeområde.

44 I mangel av EØS-rettslige bestemmelser på området er det, i samsvar med prinsippet om nasjonal prosessuell autonomi, opp til den nasjonale rettsorden i den enkelte EØS-stat å fastsette prosessregler for å sikre beskyttelse av de rettighetene for enkeltpersoner og markedsdeltakere som er avledet av EØS-retten. Slike regler må overholde prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Dette innebærer at prosessreglene som gjelder søksmål om erstatning for brudd på EØS-avtalens konkurranseregler, ikke må være mindre gunstige enn dem som gjelder for tilsvarende nasjonale søksmål (ekvivalensprinsippet), og ikke må være utformet på en slik måte at det i praksis er umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettigheter som følger av EØS-retten (effektivitetsprinsippet). Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om de aktuelle nasjonale reglene overholder prinsippene om ekvivalens og effektivitet (se dom 4. juli 2023, *RS*, E-11/22, avsnitt 55 og rettspraksis som det vises til der, og jf. dom 6. juni 2013 i *Donau Chemie*, C-536/11, EU:C:2013:366, avsnitt 25 til 27 og rettspraksis som det vises til der). I tillegg til at prinsippene om ekvivalens og effektivitet må overholdes, krever EØS-retten at nasjonal lovgivning ikke undergraver retten til effektiv rettslig beskyttelse (jf. dom 16. juli 2009 i *Mono Car Styling*, C-12/08, EU:C:2009:466, avsnitt 49 og rettspraksis som det vises til der).

45 På konkurranserettens område er det særlig viktig at nasjonale regler om retten til tilgang for personer som mener seg negativt berørt av et slikt påstått brudd, til dokumenter og andre bevis knyttet til det påståtte bruddet, ikke medfører at EØS-avtalen artiklene 53 og 54 ikke blir effektivt anvendt. I denne sammenhengen påpeker EFTA-domstolen at en rigid tolkning av nasjonale prosessregler kan gjøre EØS-avtalen artiklene 53 og 54 mindre effektive (se dom 17. september 2018 i *Nye Kystlink*, E-10/17, avsnitt 73 og rettspraksis som det vises til der, og jf. dommen i *Donau Chemie*, C-536/11, sitert over, avsnitt 26 og 27).

46 EFTA-domstolen minner videre om at all EØS-rett må tolkes i lys av EØS-rettens generelle prinsipper, herunder de grunnleggende rettighetene som inngår i disse prinsippene. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon («EMK») og dommene fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol er viktige kilder for å fastsette omfanget av disse grunnleggende rettighetene (se dom 9. februar 2021 i *Kerim* mot *Den norske stat*, E-1/20, avsnitt 42 og 43 og rettspraksis som det vises til der). Den grunnleggende retten til respekt for privatliv og korrespondanse, som også gjenspeiles i EMK artikkel 8, samt retten til beskyttelse av forretningshemmeligheter, som EU-domstolen har anerkjent som et generelt prinsipp i EU-retten, er generelle prinsipper i EØS-retten som kan kreve beskyttelse av reelt fortrolige opplysninger, herunder forretningshemmeligheter (jf. dommen i *Klaipėdos regiono*, C-927/19, sitert over, avsnitt 132 og rettspraksis som det vises til der).

47 Selv om direktiv 2016/943 artikkel 9 nr. 2 siste punktum søker å beskytte forretningshemmeligheter, er det likevel ikke uttrykk for et generelt EØS-rettslig prinsipp om at en nasjonal domstol ikke kan etablere et konfidensialitetsregime i den formen som er beskrevet i anmodningen. Det følger av avsnitt 7 i fortalen til direktiv 2016/943 at mange nasjonale regler ikke fastsetter tilstrekkelig beskyttelse av en forretningshemmelighets fortrolighet når innehaveren av forretningshemmeligheten bringer et krav inn for retten på grunn av påstått ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten, og at det ikke finnes en felles rettstradisjon for hvordan en forretningshemmelighets fortrolighet kan beskyttes under slike omstendigheter.

48 I sine skriftlige innlegg og i rettsmøtet har Assa Abloy uttrykt bekymring for at muligheten for å kreve bevis fremlagt på grunnlag av en udokumentert påstand om at brudd på konkurransereglene i EØS i seg selv innebærer en risiko for misbruk, der den kan utnyttes for ikke-konkretiserte eller overdrevent brede begjæringer («fiskeekspedisjoner»), eller at regler om fremleggelse eller oppdagelse kan brukes til å presse saksøkte til forlik selv om kravet kan være svakt eller ubegrunnet.

49 EFTA-domstolen minner om at beskyttelsen av fortrolige opplysninger, herunder forretningshemmeligheter, hverken er absolutt eller krever at beskyttelsen av fortroligheten i forbindelse med rettergang er begrenset til metodene angitt i direktiv 2016/943 artikkel 9 nr. 2. For klarhets skyld påpeker EFTA-domstolen videre at det ikke finnes noen enkelt definisjon av en «forretningshemmelighet» i EØS-retten, og at begrepet forretningshemmelighet brukt i forbindelse med direktiv 2016/943 ikke nødvendigvis sammenfaller med hvordan det anvendes i forbindelse med EØS-avtalen artiklene 53 og 54.

50 Prinsippet om beskyttelse av fortrolige opplysninger og forretningshemmeligheter må overholdes på en slik måte at det er forenlig med kravene om effektiv rettslig beskyttelse og retten til forsvar for partene i tvisten på en slik måte at det sikres at rettergangen samlet sett er i samsvar med retten til en rettferdig rettergang (jf. dom 14. februar 2008 i *Varec SA*, C-450/06, EU:C:2008:91, avsnitt 52 og rettspraksis som det vises til der).

51 Legitime interesser som kan rettferdiggjøre fremleggelse av fortrolige opplysninger, herunder forretningshemmeligheter, er blant annet prinsippet om effektiv rettslig beskyttelse, herunder retten til en rettferdig rettergang, som særlig omfatter retten til forsvar, prinsippet om partslikhet, retten til tilgang til en domstol og retten til å bli rådgitt, forsvart og representert, samt den grunnleggende retten til et effektivt rettsmiddel, som er generelle prinsipper i EØS-retten (se dommen 9. august 2024 i *X* mot *FMA*, E-10/23, avsnitt 70 og rettspraksis som det vises til der; dom 10. desember 2020 i *Adpublisher AG* mot *J & K*, forente saker E-11/19 og E-12/19, avsnitt 50 og 55; dom 5. mai 2022 i *Telenor ASA og Telenor Norge AS* mot *EFTAs overvåkningsorgan*, E-12/20, avsnitt 75 og rettspraksis som det vises til der; og jf. dom 18. oktober 2018 i *E.G.*, C-662/17, EU:C:2018:847, avsnitt 48). Kjernen i retten til et effektivt rettsmiddel omfatter blant annet muligheten for den som har denne retten til å få tilgang til en domstol som har myndighet til å sikre respekt for rettighetene i EØS-retten, og for dette formål ta hensyn til alle faktiske og juridiske forhold som er relevante for å avgjøre saken den har til behandling (jf. dom 17. november 2022 i *Harman International*

Industries, C-175/21, EU:C:2022:895, avsnitt 60 og 61 og rettspraksis som det vises til der).

52 Videre, gitt omstendighetene i hovedsaken, er effektiv privat håndhevelse av konkurransereglene i EØS i henhold til EØS-avtalen artiklene 53 og 54 en annen legitim interesse som kan rettferdiggjøre fremleggelse av fortrolige opplysninger, herunder forretningshemmeligheter. EØS-avtalen artiklene 53 og 54 omfatter enkeltpersoners rett til å kreve erstatning for tap påført ved atferd som er egnet til å innskrenke eller vri konkurransen. EFTA-domstolen minner om at privat håndhevelse av EØS-avtalen artiklene 53 og 54 bør oppmuntres siden dette kan bidra vesentlig til å opprettholde effektiv konkurranse i EØS. En saksøker i en slik sak fremmer sine private interesser, men bidrar samtidig til å beskytte allmenne hensyn. Dermed kommer dette også forbrukerne til gode (se dommen i *Nye Kystlink*, E-10/17, sitert over, avsnitt 71 og 72 og rettspraksis som det vises til der).

53 EFTA-domstolen minner videre om at de særlige kjennetegnene ved konkurransesaker, særlig store og komplekse saker, og målet om effektiv håndhevelse er relevante faktorer under effektivitetsprinsippet og følgelig for den anmodende domstols vurdering når den treffer en avgjørelse om tilgang til opplysninger og bevis. Et annet relevant moment er omfanget av den informasjon og de bevis som er tilgjengelig for den skadelidte hos potensielle gjerningspersoner, konkurransemyndigheter eller tredjeparter. Potensialet for informasjonsasymmetri, både når det gjelder opplysninger og bevis, kan gjøre det vanskelig selv for skadelidte som har bevist at de er påført skade, å tallfeste omfanget av skaden de er påført, med sikte på å oppnå erstatning. Andre hensyn omfatter saksøkers mulighet for å gjennomføre økonomiske analyser i den utstrekning som er nødvendig og tilstrekkelig for å reise et søksmål med utsikt til et positivt utfall (se dommen i *Nye Kystlink*, E-10/17, sitert over, avsnitt 117 og 118).

54 Det er fast rettspraksis at spørsmålet om en nasjonal prosessregel gjør anvendelsen av EØS-retten umulig eller uforholdsmessig vanskelig, må vurderes med henvisning til den aktuelle bestemmelsens rolle i saksbehandlingen, dens gjennomføring og dens særtrekk, samlet sett, i de ulike nasjonale organene. For disse formålene må det, der det er hensiktsmessig, tas hensyn til den nasjonale rettsordens grunnleggende prinsipper, som beskyttelse av retten til forsvar, prinsippet om rettslig forutsigbarhet og korrekt saksbehandling (se dommen i *Nye Kystlink*, E-10/17, sitert over, avsnitt 111 og rettspraksis som det vises til der).

55 Det er opp til den nasjonale rettsorden å fastsette metodene for og begrensningene på fremleggelse av opplysninger og bevis som er nødvendige for å fremme privat håndhevelse av konkurransereglene i EØS. Metoden for fremleggelse og omfanget av fremleggelsen avhenger av hvordan de nasjonale domstolene veier de beskyttede interessene i den enkelte sak opp mot hverandre. De må for det første vurdere den begjærende partens interesse i å få tilgang til de aktuelle dokumentene for å forberede sin sak, særlig i lys av andre muligheter vedkommende måtte ha, og for det andre ta hensyn til faktiske skadelige konsekvenser slik tilgang kan få med hensyn til allmenne interesser eller andre parters legitime interesser (jf. dommen i *Donau Chemie*, C-536/11, sitert over, avsnitt 34, 44 og 45 og rettspraksis som det vises til der). I

forbindelse med denne vurderingen må nasjonale domstoler, for å motvirke potensielle «fiskeekspedisjoner», avgjøre om beviset som kreves fremlagt, er relevant for kravet, og også vurdere om det er nødvendig med tiltak for å beskytte bevisets fortrolighet. I denne sammenhengen må det understrekes at foretakenes interesse i å unngå erstatningssøksmål for brudd på konkurransereglene ikke er en beskyttelsesverdig legitim interesse.

56 Videre er det opp til nasjonale domstoler å treffe hensiktsmessige tiltak i rettergangen for å sikre en avveining mellom kravene til effektiv rettslig beskyttelse eller hensynet til en behørig undersøkelse av kravets materielle innhold og beskyttelse av forretningshemmeligheten. Hvorvidt de fortrolige opplysningene, herunder eventuelle forretningshemmeligheter som søkes fremlagt, er konkurransesensitive i forhold til den som søker tilgang til opplysningene, er i avveiningsøvelsen først og fremst et spørsmål om metoden for fremleggelse, ikke nødvendigvis for omfanget av selve bevisplikten.

57 EFTA-domstolen påpeker at et konfidensialitetsregime som utelukkende omfatter partenes juridiske rådgivere, kan være en effektiv metode for å legge til rette for fremleggelse på en måte som er i samsvar med EØS-retten. En tolkning av nasjonale prosessregler som strengt utelukker enhver mulighet for å gjennomføre en ordning med begrenset fremleggelse, som sikrer en avveining mellom de respektive interessene i å fremlegge relevant informasjon og beskytte dens konfidensialitet, vil kunne undergrave den effektive anvendelsen av EØS-avtalen artiklene 53 og 54 (jf. dommen i *Donau Chemie*, C-536/11, sitert over, avsnitt 31).

58 Når det gjelder forholdet mellom en part og dennes juridiske rådgiver, skal EØS-rettens bestemmelser tolkes i lys av de grunnleggende rettighetene som inngår i EØS-rettens generelle prinsipper. Den anmodende domstol må derfor vurdere om et konfidensialitetsregime som foreslått vil være i strid med grunnleggende rettigheter, samtidig som det tas hensyn til at Låssenteret synes å være av den oppfatning at tilgang til de aktuelle dokumentene, enten dets partsrepresentanter er til stede eller ikke, er avgjørende for dets krav. Videre bør den anmodende domstol vurdere om Låssenteret kan frafalle sin rett til å være til stede ved å gi et klart og utvetydig samtykke i samsvar med fast rettspraksis (jf. dom 26. februar 2013 i *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, avsnitt 49 og rettspraksis som det vises til der).

59 I lys av det ovenstående må svaret på spørsmål 2 bli at direktiv 2016/943 ikke er til hinder for at en nasjonal domstol i en sak som den hovedsaken gjelder, kan etablere et konfidensialitetsregime der ikke minst én fysisk person fra hver av sakens parter gis tilgang til bevis som er forretningshemmeligheter og som legges frem i saken.

60 Svaret på det tredje spørsmålet må bli at direktiv 2016/943 artikkel 9 nr. 2 ikke er uttrykk for et generelt EØS-rettslig prinsipp om at en nasjonal domstol ikke kan etablere et konfidensialitetsregime der ikke minst én fysisk person fra hver av sakens parter gis tilgang til bevis som er forretningshemmeligheter og som legges frem i saken. I samsvar med prinsippet om nasjonal prosessuell autonomi er det opp til den nasjonale rettsorden å fastsette metodene for og begrensningene på fremleggelse av opplysninger og bevis som er nødvendige for å fremme privat håndhevelse av konkurransereglene i EØS.

Effektivitetsprinsippet krever imidlertid at metoden for og omfanget av fremleggelsen avhenger av en avveining mellom de beskyttede interessene i den enkelte sak av den foreleggende domstolen.

61 Svaret på det fjerde spørsmålet må bli at det ikke har betydning for svarene på spørsmål 1 til 3 at de fortrolige opplysningene, herunder forretningshemmeligheter som søkes fremlagt, er konkurransesensitive i forhold til den som søker tilgang til opplysningen.

62 Svaret på det femte spørsmålet må bli at EØS-retten, også i en sak som gjelder misbruk av dominerende stilling etter EØS-avtalen artikkel 54, krever at en nasjonal domstol gjør en avveining mellom partenes interesser før den pålegger en part som det anføres at har misbrukt sin dominerende stilling, å fremlegge bevis som er forretningshemmeligheter, samtidig som den sikrer EØS-rettens effektivitet.

Spørsmål 6

63 Ved sitt sjette spørsmål søker den anmodende domstol i realiteten veiledning om EØS-rettslige prinsipper, herunder effektivitetsprinsippet eller homogenitetsprinsippet, innebærer at nasjonal prosessrett må tolkes i samsvar med direktiv 2014/104 artikkel 5, selv om dette direktivet ikke er del av EØS-avtalen.

64 EFTA-domstolen minner om at siden direktiv 2014/104 ikke er innlemmet i EØS-avtalen, foreligger det ingen plikt etter EØS-retten til å anvende direktivets bestemmelser. Selv om direktiv 2014/104 gjentar noen av prinsippene som følger av relevant rettspraksis, for eksempel effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet nevnt i direktivet artikkel 4, går mange av direktivets bestemmelser, som de som har inngitt skriftlige innlegg også har påpekt, lenger enn bare å kodifisere relevant rettspraksis, for eksempel direktiv 2014/104 artikkel 5, som fastsetter nærmere regler for bevisfremleggelse. Som ESA påpeker i sine skriftlige innlegg, er likevel reglene fastsatt i artikkel 5 et eksempel på regler som EU-lovgiveren anser som tilstrekkelig effektive.

65 Derfor må svaret på det sjette spørsmålet bli at ettersom direktiv 2014/104/EU ikke er innlemmet i EØS-avtalen, foreligger det etter EØS-retten ingen plikt til å tolke nasjonal rett i lys av direktiv 2014/104/EU artikkel 5.

IV Saksomkostninger

66 Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør et ledd i behandlingen av saken som står for Eidsivating lagmannsrett, ligger det til denne domstolen å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene. Omkostninger som er påløpt i forbindelse med inngivelsen av innlegg for EFTA-domstolen, annet enn partenes omkostninger, kan ikke kreves dekket.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Eidsivating lagmannsrett, følgende rådgivende uttalelse:

1. **Virkeområdet for europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling gjelder bare ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter og fastsetter ikke tiltak for å beskytte forretningshemmeligheters fortrolighet i andre typer rettssaker.**

2. **Direktiv 2016/943 er ikke til hinder for at en nasjonal domstol i en sak som den hovedsaken gjelder, kan etablere et konfidensialitetsregime der ikke minst én fysisk person fra hver av sakens parter gis tilgang til bevis som er forretningshemmeligheter og som legges frem i saken.**

3. **Direktiv 2016/943 artikkel 9 nr. 2 er ikke uttrykk for et generelt EØS-rettslig prinsipp om at en nasjonal domstol ikke kan etablere et konfidensialitetsregime der ikke minst én fysisk person fra hver av sakens parter gis tilgang til bevis som er forretningshemmeligheter og som legges frem i saken. I samsvar med prinsippet om nasjonal prosessuell autonomi er det opp til den nasjonale rettsorden å fastsette metodene for og begrensningene på fremleggelse av opplysninger og bevis som er nødvendige for å fremme privat håndhevelse av konkurransereglene i EØS. Effektivitetsprinsippet krever imidlertid at metoden for og omfanget av fremleggelsen avehenger av en avveining mellom de beskyttede interessene i den enkelte sak av den foreleggende domstolen.**

4. **Det har ikke betydning for svarene på spørsmål 1 til 3 at de fortrolige opplysningene, herunder forretningshemmeligheter som søkes fremlagt, er konkurransesensitive i forhold til den som søker tilgang til opplysningen.**

5. **Også i en sak som gjelder misbruk av dominerende stilling etter EØS-avtalen artikkel 54, krever EØS-retten at en nasjonal domstol gjør en avveining mellom partenes interesser før den pålegger en part som det anføres at har misbrukt sin dominerende stilling, å fremlegge bevis som er forretningshemmeligheter, samtidig som den sikrer EØS-rettens effektivitet.**

6. **Ettersom europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om visse bestemmelser om søksmål etter nasjonal rett vedrørende erstatning for brudd på medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurranseregler ikke er innlemmet i EØS-avtalen, foreligger det etter EØS-retten ingen plikt til å tolke nasjonal rett i lys av direktiv 2014/104/EU artikkel 5.**

Páll Hreinsson Bernd Hammermann Michael Reiertsen

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 9. august 2024.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Justissekretær

Páll Hreinsson
President