

Justis- og beredskapsdepartementet  
v. Lovavdelingen  
Postboks 8005 Dep

0030 OSLO

Deres ref:  
18/6167

Dato:  
15. februar 2019



## Forslag til lov om vern av forretningshemmeligheter

### 1. Innledning

Norsk Presseforbund (NP) er fellesorganet for norske medier i etiske og redaksjonelt faglige spørsmål. Norsk Redaktørforening (NR) er en landsomfattende sammenslutning av redaktører i alle typer medier. Norsk Journalistlag (NJ) er organisasjonen for redaksjonelle medarbeidere, herunder ledere og frilansere, som har journalistikk som yrke.

Vi viser til departementets høringsbrev med forslag til implementering av direktiv (EU) 2016/943 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmelighetsdirektivet) i norsk rett.

#### Oppsummering av våre synspunkter:

1. Det må fremgå eksplisitt i loven at den ikke griper inn i ytrings- og informasjonsfriheten, herunder journalistisk virksomhet.
2. Det må tydeliggjøres at loven ikke gir grunnlag for unntak fra innsyn etter offentlighetsloven, og at definisjonen av «forretningshemmeligheter» i denne loven ikke er sammenfallende med definisjonen i forvaltningsloven § 13 (2), og at disse skal tolkes ulikt.

3. Mediene må sikres tilgang til rettssaker selv om det legges fram forretningshemmeligheter.

Begrunnelse:

**Til våre punkter 1 og 2: Forslag til endring i § 1 og avklaring av forholdet til offentlighetsloven og forvaltningsloven.**

Forslag: Vi foreslår å legge til følgende i utkastets § 1 – Virkeområde:

*Loven griper ikke inn i retten til utøvelse av ytrings- og informasjonsfrihet, herunder tilegnelse og bruk av opplysninger til journalistiske formål.*

Føringer fra direktivet:

Det fremgår klart av direktivet at denne loven ikke skal gripe inn i ytrings- og informasjonsfriheten. Med andre ord skal den ikke få konsekvenser for muligheten til å drive journalistikk, herunder ivareta kildevernet, selv om det omfatter forretningshemmeligheter.

Vi viser her til artikkel 2a i direktivet: *2. Dette direktiv berører ikke a) utøvelsen av retten til ytrings- og informasjonsfrihet som fastsatt i pakt, herunder respekten for pressefrihet og mediemangfold,*

Dette må leses sammen med punkt 19 og punkt 20 i fortalen:

*19) Samtidig som dette direktiv fastsetter tiltak og rettsmidler som kan bestå i å hindre utlevering av opplysninger for å beskytte forretningshemmeligheters fortrolighet, er det avgjørende at utøvelsen av retten til ytrings- og informasjonsfrihet, **som omfatter pressefrihet og mediemangfold** i henhold til artikkel 11 i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter (heretter kalt «pakten»), ikke begrenses, **særlig med hensyn til undersøkende journalistikk og vern for journalistiske kilder.***

*20) «De tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er fastsatt i dette direktiv, bør ikke begrense varsling. Beskyttelsen av forretningshemmeligheter bør derfor ikke omfatte tilfeller der utleveringen av en forretningshemmelighet tjener **allmennhetens interesse ved at direkte relevant forsømmelse, forseelse eller ulovlig virksomhet avdekkes.** Dette bør ikke anses å hindre vedkommende rettsmyndigheter i å tillate unntak fra anvendelsen av tiltak, framgangsmåter og rettsmidler i en sak der saksøkte hadde all grunn til å være i god tro om at hans eller hennes atferd oppfylte de relevante kriteriene i dette direktiv.»*

Departementet foreslår å løse dette gjennom begrepet «urettmessig» i § 3. I høringsnotatet skriver departementet følgende, på s. 52:

*«Formidling av forretningshemmeligheter i forslaget som er motivert av egen vinning, andre kommersielle interesser, eller i ren skadehensikt, vil som en klar hovedregel kunne begrenses uten at det kommer i konflikt med ytringsfriheten. Tradisjonelt har derfor forholdet til ytringsfriheten i liten grad vært problematisert for formidlingsforbud av den typen som følger av forslaget § 3.»*

Og fortsetter:

*«Et praktisk tilfelle er formidling av forretningshemmeligheter som ledd i en varslings sak om kritikkverdige forhold. Det nevnes særskilt i artikkel 5 bokstav b. Bestemmelsen viser til handlinger*

*som har skjedd for å avdekke unnlatelser, uregelmessigheter eller ulovlige forhold når varsleren har til formål å beskytte den allmenne offentlige interessen. Bestemmelsen har nær sammenheng med henvisningen foran til ytringsfriheten. Bakgrunnen for bestemmelsen er at samfunnet har en interesse i at kritikkverdige forhold avsløres, både i privat og offentlig sektor. Offentlige organer eller virksomheter utfører sitt samfunnsoppdrag med av bruk av fellesskapets midler. I det private næringsliv vil varsling om kritikkverdige forhold motvirke usunne konkurranseforhold og urettmessige konkurransefordeler.»*

Med departementets forslag mener vi det er sannsynlig at loven nettopp vil komme til å gripe inn i utøvelse av ytrings- og informasjonsfriheten. Det fremgår ikke tydelig nok, verken i loven eller i forarbeidene, hva dette innebærer.

Ytrings- og informasjonsfrihet omfatter langt mer enn varslingssaker. Som det fremgår av fortalen skal ikke direktivet overhodet gripe inn i **pressefriheten, mediemangfoldet, muligheten til å drive undersøkende journalistikk og muligheten til å ivareta kildevernet** (punkt 19). Slik vi leser dette betyr det at alt som innhentes eller publiseres i journalistisk virksomhet, er unntatt. Det betyr igjen at loven ikke skal endre på hva vi i dag har krav på av innsyn etter offentlighetsloven.

Man kan for eksempel se for seg at en kommune mottar et innsynskrav etter endt anbudsrunde. Etter gjeldende rett vil innsyn vurderes etter forvaltningslovens § 13 (2), som har følgende definisjon av forretningshemmeligheter:

*«tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår.»*

Om dette skriver departementet blant annet i sin veileder til offentlighetsloven, punkt 6.2.4:

*«Den sentrale avgrensinga av teieplikta ligg i vilkåret om at det må vere av «konkurransemessig betydning» for verksemda at opplysningane blir haldne hemmelege. For at opplysningane skal vere underlagde teieplikt, må det med andre ord kunne føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for verksemda dersom dei blir kjende, anten direkte eller ved at konkurrentar kan utnytte dei.*

*Som hovudregel vil det heller ikkje gjelde teieplikt for opplysningar som gjeld verksemder som har ei monopolstilling, fordi det då normalt ikkje vil ha verknad for nokon konkurranse å offentleggjere opplysningane.»*

*Kjerneområdet for teieplikta er næringsopplysningar som andre kan nytte på tilsvarande måte i eiga næringsverksemd, dvs. forretningsløyndomar i meir tradisjonell forstand. Her står grunngevinga for teieplikta særleg sterkt. Typiske eksempel vil vere opplysningar om produksjonsmetodar og om nye produkt som er under utvikling.»*

Det kan ikke være noen tvil om at gjeldende bestemmelse i offentlighetsloven er snevrere enn hva som ligger i dette forslaget § 2. Mange opplysninger kan sies å ha kommersiell verdi uten at det har konkurransemessig betydning. Det vil derfor få alvorlige konsekvenser for samfunnet hvis virksomheter som er omfattet av offentlighetsloven begynner å legge denne lovs § 2 sin definisjon til grunn, enten i tolkningen eller som direkte avslag, framfor forvaltningslovens § 13 (2).

Det er allerede i dag et stort problem at taushetspliktsbestemmelsene i § 13 (2) tolkes **mer** omfattende enn det det skal, for eksempel ved at tilbydere etter anbudsrunder selv får definere hva

som er forretningshemmeligheter. Dette til tross for at Stortinget i forbindelse med gjeldende offentlighetslov, ga klart uttrykk for at de ønsker mer åpenhet i anbudsrunder, vi viser her til følgende sitat fra Innst. O. nr 41 (2005-2006) punkt 2.8:

*«Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Høyre og Sosialistisk Venstreparti, har merket seg at det foreslås en **vesentlig styrking av retten til innsyn i saker om offentlige innkjøp som følger regelverket om offentlige anskaffelser**. Flertallet viser til at det i dag er adgang til å unnta både protokollene som settes opp i forbindelse med anbudskonkurranser som følger dette regelverket og de innkomne tilbud uten noen tidsbegrensning, mens det etter forslaget bare vil være anledning til å unnta protokollene og tilbudene inntil valg av leverandør er fattet, med mindre disse dokumentene har et innhold som gjør at de kan eller skal unntas etter andre unntaksregler, f.eks. reglene om taushetsplikt hvis de inneholder konkurransesensitive opplysninger.*

*Flertallet mener at dagens regelverk gir for stort rom for å gjøre unntak for dokumenter som gjelder offentlige anskaffelser og er tilfreds med den vesentlige utvidelse av innsynsretten som forslaget legger opp til. Flertallet viser til at offentlige anskaffelser i dagens Norge utgjør over 200 mrd. kroner årlig, og at **økt innsyn kan bidra til å sikre kontroll med at disse midlene blir effektivt brukt**. Flertallet peker på at Klagenemnden for offentlige anskaffelser, som behandler klager over brudd på selve anbudregelverket, har mottatt ca 850 klager siden den kom i drift 1. januar 2003, og at klager har fått medhold i tre av fire saker. Dette indikerer at det skjer mange brudd på regelverket og at det dermed er behov for den økte kontroll som utvidet innsyn vil innebære.*

*Flertallet ser det som særlig viktig at **økt offentlighet vil kunne være et effektivt virkemiddel til å bekjempe korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet** i forbindelse med offentlige anskaffelser. Erfaringene bl.a fra den såkalte vannverksaken i Akershus viser etter flertallets syn at det er behov for slik utvidet kontroll som økt innsyn kan gi.»*

Hvis forslaget vedtas i sin nåværende form, uten forbehold om journalistisk virksomhet, er det stor sannsynlighet for at dette vil føre til at enda mer unntas som forretningshemmeligheter og at samfunnet dermed får mindre innsyn i og kontroll med innkjøp i det offentlige. Det er en uheldig konsekvens, som både svekker ytrings- og informasjonsfriheten, og det kan bidra til at det blir lettere å slippe unnta med økonomisk kriminalitet.

Det fremgår dessuten av høringsnotatet, innledningen og i selve lovforslaget, at forslaget er ment å erstatte markedsføringslovens §§ 28 og 29, og straffelovens §§ 207-208, som foreslås opphevet.

Samtidig står det på s. 112 at «Lovforslaget tar sikte på å videreføre straffeloven §§ 207 og 208, med tilføyelser av unntaksbestemmelser fra markedsføringsloven § 48».

Vi er derfor litt usikre på hva som egentlig gjelder her, men går ut ifra at de skal opphevet, ettersom det står i selve lovforslaget. Uansett knyttes de nært opp mot disse bestemmelsene i innhold, og disse gir etter gjeldende rett ikke grunnlag for taushetsplikt etter offentlighetsloven. Det er derfor naturlig at det samme gjelder for ny lov om forretningshemmeligheter.

Dette er også en naturlig tolkning når vi vet at i Danmark er regler til vern for «erhvervshemmeligheter» inntatt i lov om markedsføring som ble vedtatt i 2017.

Ettersom heller ikke forvaltningslovens § 13 (2) er nevnt i lovforslaget, tyder det på at departementet ikke har ment å endre noe i gjeldende rett på dette området. Desto viktigere er det å klargjøre i loven og i forarbeidene, at loven ikke kan brukes som grunnlag – verken direkte som grunnlag for taushetsplikt, eller indirekte – som tolkningsmoment for å unnta opplysninger man har krav på etter

offentlighetsloven. Det må altså tydeliggjøres fra departementets side at definisjonen av «forretningshemmeligheter i denne loven ikke er sammenfallen med definisjonen i forvaltningsloven § 13 (2), og at disse skal tolkes ulikt.

**Det er svært viktig at departementet avklarer dette på forhånd og sørger for at denne loven ikke brukes som grunnlag for å unnta opplysninger som er omfattet av offentlighetsloven.** I tillegg til forslaget vi kommer med til endring i § 1 om virkeområde, må dette presiseres i forarbeidene. Det er nødvendig at det tas inn en setning om dette i loven både av rettssikkerhetsmessige hensyn og av pedagogiske hensyn. Loven skal tilrettelegge for en lovlig praksis, og det kan ikke forventes at alle der ute som skal håndheve denne er kjent med de føringer som ligger på dette området både fra norsk Høyesterett (Rt. 2013 s 374 og Rt. 2015 s. 1467 og EMD-domstolen, som storkammeravgjørelsen Magyar mot Ungarn av 8. november 2016) som er nødvendig å kjenne til for å kunne gjøre en forsvarlig rettsstridsvurdering.

Til sammenligning vil vi vise til gjeldende personopplysningslov, som har et eksplisitt unntak for «journalistiske formål», jf. § 3. Om dette står det i forarbeidene, Ot. prp. 92 (1988-99)

*«Til § 7 Forholdet til ytringsfriheten*

*Bestemmelsen, som begrenser anvendelsen av lovens regler av hensyn til ytringsfriheten, er skåret over en annen lest enn utvalgets forslag til § 5. Mens utvalget la opp til at rekkevidden av unntaket skulle bero på en skjønnsmessig avveining av ytringsfrihet mot personvern etter mønster av EU-direktivet artikkel 9, mener departementet det bør fremgå uttrykkelig av loven hvilke bestemmelser som skal gjelde for journalistisk, kunstnerisk og litterær virksomhet. Som flere høringsinstanser har pekt på, vil dette gi bedre forutberegnelighet enn det utvalgets forslag ville føre til»*

**Vi vil også kort kommentere utkastets 2a:**

*«Med forretningshemmeligheter menes i denne loven opplysninger som: a) er hemmelige i den forstand at opplysningene ikke som helhet, eller slik de er satt sammen eller ordnet, er allment kjent eller lett tilgjengelig.»*

Det er viktig at ikke denne tolkes for vidt. Både Straffelovkommisjonen (NOU 2003:18 s. 70) og Ytringsfrihetskommisjonen punkt 7.1.2 har avvist at dette skal gi grunnlag for avslag fordi den kommer i konflikt med Grunnlovens § 100, se bl.a. NOU 2003.18 s. 70:

*«Det må legges til grunn at innsamling og analyse av informasjon fra åpne kilder med sikte på å avdekke hva som foregår i samfunnet, i utgangspunktet både er legitimt og ønskelig.»*

Denne formuleringen må inn i forarbeidene for å sikre at ikke § 2 a tolkes så utvidende at den kommer i konflikt med Grunnloven.

**Til vårt punkt 3 – høringsforslagets § 22-12: Taushetsplikt og lukkede dører**

Departementet foreslår bestemmelser som skal begrense personkretsen som kan være tilstede når domstolene behandler saker der forretningshemmeligheter er bevistema. Dette er en oppfølging av artikkel 9 i direktivet (våre uthevinger):

*«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 utlevering av forretningshemmeligheter, eller som har tilgang til dokumenter*

som inngår i slik rettergang, **ikke tillates å bruke eller utlevere** 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.»

Tiltakene som 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 tredjemann,

b) å gi bare et begrenset antall personer adgang til rettsmøter der forretningshemmeligheter eller påståtte forretningshemmeligheter kan bli utlevert, 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 forhold til målet, skal de ta hensyn til behovet for å sikre retten til effektiv klageadgang og til rettferdig rettergang, partenes og eventuelt tredjemanns rettmessige interesser, og eventuell skade som partene og eventuelt tredjemann kan bli påført som følge av at slike tiltak godkjennes eller avvises

Sånn vi leser direktivet skal man verne om forretningshemmeligheter og ha et system som beskytter disse, men man er ikke forpliktet til å redusere antall tilstedeværende i så stor grad som forslaget legger opp til. Det går dermed lenger enn direktivet krever.

Videre er det uheldig at man ikke knytter dette opp mot mediernes mulighet til å være tilstede. Prinsippet om offentlighet i rettspleien er nedfelt i domstolsloven § 124. Dette er et grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp, jf. blant annet Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 1 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 1. Formålet med dette prinsipp er blant annet å sikre offentlig kontroll med og mulighet for kritikk av rettergangen, jfr. Rt-2007-521 avsnitt 12.

I forarbeidene til domstolloven er det uttalt at retten i utgangspunktet ikke skal treffe avgjørelse om lukkede dører etter § 125 dersom den finner at et som kan gjøre lukkede dører ønskelig, effektivt vil kunne oppnås ved referatforbud, jf. Ot.prp. 55 (1997-1998). I mange saker får mediene være tilstede selv om dørene er lukket, noen ganger med referatforbud eller taushetsplikt.

I lagmannsretten kjennelse av 14.11.2018 i sak nr. 18-169787SAK-ELAG s.3 (Jemtlandsaken), om vitneforklaringer fra barn i en straffesak mot barnets far, står det blant annet følgende om unntakene til offentlighetsprinsippet:

«Disse unntakshjemlene må imidlertid anvendes med tilbakeholdenhet, og de prinsipielle hensyn som lovens hovedregler bygger på må alltid tas i betraktning: Offentlighet bidrar til økt rettsikkerhet

gjennom offentlig kontroll med og mulighet for kritikk av rettergangen, i tillegg til at allmennhetens og partenes tillit til domstolene styrkes.

Selv om dette gjalder helt andre hensyn enn det vi her står overfor, må uttalelsen utvilsomt være relevant i tolkningen av hva som skal være terskelen for lukking av dører.

Det er oppsiktsvekkende at medienes rolle i rettsaker ikke er nevnt i denne forbindelse.

Mediene er som sagt en rettssikkerhetsgaranti, og man bør forsøke å tilrettelegge for mest mulig åpenhet under en rettsak. Lovforslaget burde derfor vurdert om det fantes andre, mindre inngripende tiltak, som burde vært vurdert og nedfelt i forslaget. Det er for eksempel svært vanlig at mediene får være tilstede i alvorlige sedelighetssaker, fengslingsmøter, saker der barn er tiltalt eller offer, med helt eller delvis referatforbud. Dette burde fint la seg gjøre i denne type saker også.

Dette vil også være i tråd med direktivet som krever at begrensninger må veies opp mot hva som er «nødvendig for å sikre partene rettferdig rettergang» ([antallet] *skal ikke være større enn det som er nødvendig for å sikre partenes rett til effektiv klageadgang og til rettferdig rettergang*).

Det er også en naturlig følge av at direktivet ikke skal gripe inn i retten til ytrings- og informasjonsfrihet, jf. det vi har sagt over om dette.

På denne bakgrunn mener vi det er nødvendig at det, sammen med den lovendringen vi foreslår for virkeområde, tydeliggjøres i forarbeidene at mediene bør få muligheten til å være tilstede under rettsforhandlinger, og at denne bestemmelsen ikke er ment å endre gjeldende rett på dette området. Her bør man konkretisere hvordan en dommer kan og skal vurdere mindre inngripende tiltak enn utestengelse.

Vi viser for øvrig til NRKs høringsuttalelse og de vurderingene som gjøres der i kap. 2 og 3 og gjennomgangen av rettsstilstanden på området, og stiller oss bak at loven slik den er utformet, vil kunne utgjøre et ulovlig inngrep i ytringsfriheten.

Med vennlig hilsen

Norsk Presseforbund  
Kristine Foss, jurist

Norsk Redaktørforening  
Arne Jensen, generalsekretær

Norsk Journalistlag  
Ina Lindahl Nyrud, advokat