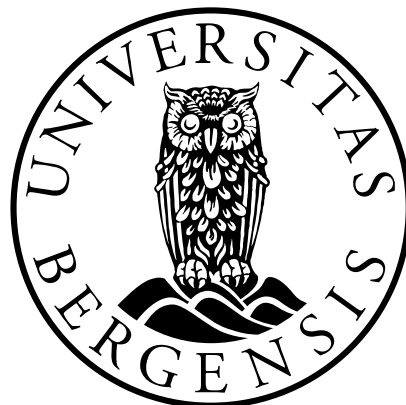


Rettslig vern av knowhow ved innlemming av EU-direktiv 2016/943

Kandidatnummer: 84

Antall ord:

14 980



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2019

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	3
1.1 Emnets aktualitet.....	3
1.2 Oppgavens problemstillinger og avgrensninger	4
2. Rettskildebildet	4
2.1 Gjeldende rett	4
2.2 Særlig om reelle hensyn	6
2.4 Metodiske utfordringer.....	7
2.5 Plassering av knowhow.....	8
3. Definisjonen av en bedriftshemmelighet	10
3.1 Utgangspunkt for definisjonen	11
3.2 Allment kjent.....	13
3.3 Lett tilgjengelig	15
3.4 Kommersiell verdi fordi de er hemmelig	17
3.5 Rimelig beskyttelsestiltak.....	18
4. Inngrep i bedriftshemmeligheter og knowhow	21
4.1. Generelt om inngrepsbestemmelsen	21
4.2. Inngrepshandlingene	22
4.2.1. Tilegnelse	22
4.2.2. Bruk og formidling	24
4.2.3 Bruk ved manglende god tro.....	26
4.2.4 Oppsummering	27
4.3. Urettmessighetsreservasjoner	28
4.3.1 Tidligere arbeidstakers alminnelige erfaring og ferdigheter	28
4.3.2 Urettmessighetsvurderingen	32
4.3.2.1 Subjektiv klanderverdighet	34
4.3.2.2 Skadeevnen	34
4.3.2.3 Informasjonens art og verdi	36
4.3.2.4 Samfunnsinteressen	36
4.3.2.5 Oppsummering	37
5. Avsluttende innvendinger og bemerkninger til innlemmingen av EU-direktiv 2016/943	37
6 Litteraturliste	41
Bøker:.....	41
Artikler:	41
Direktiv:.....	41
Forarbeider:	42

1 Innledning

1.1 Emnets aktualitet

I 2016 ble EU-direktiv 2016/943 om "beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolig forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig erverv, bruk og videreformidling" vedtatt, og EU-statene fikk en to år lang frist til å innføre disse endringene.

Direktivet kommer som en reaksjon på omfattende undersøkelser som viser at tidligere reguleringer av rettsområdet ikke har virket tilstrekkelig. I en undersøkelse fra 2012 gav en av fem virksomheter uttrykk for at de hadde vært utsatt for forsøk på rettstridig tilegnelse og bruk av forretningshemmeligheter.¹ Videre hevdet to av fem at risikoen for urettmessig tilegnelse hadde økt de siste ti årene, og to av fem gav uttrykk for at de ikke ønsket å dele informasjon i frykt for at denne skulle misbrukes.²

Undersøkelsen over viste derfor at det var et markant behov for å forbedre situasjonen. Gjennom sitt direktiv søker EU derfor å forbedre rammevilkårene for utvikling og utnyttelse av innovasjon i det indre markedet. Lik forståelse og anvendelse av et sterkt vern av konfidensiell informasjon er målsetningen ved innføringen av direktivet.

Norge er som kjent ikke en del av EU, og rammes ikke direkte av dette kravet. Imidlertid har Norge som EØS-stat forpliktet seg til å etterleve EU-reguleringer som anses relevante på bakgrunn av tilgangen til det indre markedet.³ I mars 2019 besluttet EØS-komiteen at direktivet hadde EØS-relevans, og at medlemsstatene derfor skal innlemme direktivet i sin lovgivning.⁴

I denne oppgaven vil jeg forsøke å belyse og utdype hvilke materielle konsekvenser og endringer dette kan medføre for det rettslige vernet av knowhow slik det fremstår i dag.

¹ Undersøkelsen ble foretatt i forbindelse med forslaget som legger grunnen for direktivet som i dag er vedtatt. Procedure 2013/0402/COD er referansen til forslaget

² Procedure 2013/0402/COD s. 4

³ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/det-indre-marked/id106351/> : Det indre markedet innebærer fri bevegelse for mennesker, varer, tjenester og kapital på tvers av medlemslandenes grenser vært et grunnleggende prinsipp i EU-retten siden opprettelsen. Målet er at alle medlemslandene i unionen skal utgjøre et felles hjemmemarked med felles regler og krav.

⁴ Decision of the EEA joint committee No 91/2019

1.2 Oppgavens problemstillinger og avgrensninger

Fordi innlemmingen av et EU-direktiv naturligvis er svært omfattende, vil det i en oppgave som dette ikke være anledning til å omtale enhver innvirkning et slikt direktiv har. Oppgaven vil i hovedsak dreie seg om de spørsmålene som kan oppstilles i forbindelse med innlemmingen av EU-direktivets art. 2 og 4.

Den første store problemstillingen er hvilke materielle krav som stilles til informasjonens art og bedriftens behandling av denne informasjonen for å prinsipielt kunne oppnå vern.

Den andre store problemstillingen vil være spørsmålet om hva som utgjør et inngrep i bedriftssensitiv informasjon.

Det avgrenses for det første mot de prosessuelle problemstillingene innlemmingen medfører. Også problematikk som oppstår i forbindelse med håndhevingsmidler og sanksjoner holdes utenfor behandlingen. Vern av informasjon på kontraktsrettslig-, erstatningsrettslig eller ulovfestet grunnlag avgrenses det også imot.

Videre er det i direktivets art. 5 oppstilt en rekke unntak for bedriftshemmelighetsvernet. Disse behandles ikke videre, da de forutsetter redegjørelser for temaer som ligger utenfor oppgavens tema, som eksempelvis ytringsfrihetens rekkevidde. Den lovlige tilegnelsen, bruken og formidlingen i henhold til art. 3 behandles ikke særskilt, men vil ved flere tilfeller bli berørt i behandling av tilgrensende spørsmål.

2. Rettskildebildet

2.1 Gjeldende rett

Vernet av bedriftshemmeligheter og knowhow er i dag spredt i flere bestemmelser. For det første har vernet forankring i markedsføringsloven. Nærmere bestemt er vernet av bedriftssensitiv informasjon knyttet til §§ 25, 28 og 29. Disse vil være sentrale i behandlingen under. I tillegg til markedsføringslovens bestemmelser vernes det om bedriftshemmeligheter i straffelovens §§ 294 og 295.

Dagens markedsføringslov ble revidert i 2009 for å harmonisere norsk rett med Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2005/29/EF.⁵ Ved revideringen ble imidlertid ikke bestemmelsene om bedriftssensitiv informasjon endret. Fordi bestemmelsene ble direkte videreført, vil forarbeider, praksis og teoretiske uttalelser som knytter seg til tidligere markedsføringslovs motstykker, fortsatt være av relevans.

For den videre forståelsen av lovtekstens innhold, er det ofte nødvendig å se til forarbeidene. På innværende område er de mest sentrale utredningene konkurransekomiteens innstilling fra 1966 og ot.prp.nr. 57 (1971-1972). I disse forarbeidene er det drøftet utførlig hvilket innhold de ulike begrepene i bestemmelsene har. De er derfor av markant betydning for tolkningen av vilkårene som stilles for å oppnå rettslig vern av informasjonen. Selv om disse forarbeidene er gamle, betyr det ikke at de er utdaterte. Nåværende markedsføringslovs forarbeider viser direkte til nevnte utredninger, og rettspraksis har gjentatte ganger gjort det samme.⁶

Også rettspraksis er en rettskilde som i henhold til alminnelig rettskildelære tillegges betydelig vekt. Det er imidlertid et lavt antall Høyesterettsavgjørelser som behandler problemstillingene som tas opp i det følgende. Det betyr ikke at Høyesterettspraksis er uten betydning på området. Den praksisen som foreligger gir i mange tilfeller gode indikasjoner på hvordan bestemte vilkår skal forstås, og hvilke momenter som kan være av betydning i den konkrete vurderingen. Det må likevel presiseres at praksisen som eksisterer ofte er utpreget skjønsmessig og spesifikk til det konkrete tilfelle. Overføringsverdien må derfor vurderes særskilt, og uttalelser må anvendes med varsomhet. Det er de uttalelser som tilsynelatende gir uttrykk for generelle tolkningsmomenter og prinsipper som er av størst verdi.

Det er også verdt å nevne at det finnes langt mer underrettspraksis som omtaler og behandler spørsmål som relaterer seg til bedriftsspesifikk informasjon. I utgangspunktet har ikke en enkelt underrettsavgjørelse nevneverdig rettskildemessig vekt. Dersom det likevel er flere rettsavgjørelser i samme retning, kan det ikke utelukkes at det er anledning til å vektlegge avgjørelsen ut over dette utgangspunktet. Dette gjelder særlig dersom dommeren argumenterer utførlig, at det ikke er relevant Høyesterettspraksis som behandler tilsvarende problemstilling og at argumentasjonen er godt forankret i rettskildene for øvrig.

⁵ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. Mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked, og om endring av rådsdirektiv 84/450/EØF, Europaparlaments- og Rådsdirektiv 1997/7/EF og 2002/65/EF og Europaparlaments- og Rådsordning (EF) nr. 2006/2004

⁶ Eksempelvis rt. 2003 s. 825 og rt. 2007. s. 1841

I rettsteorien er det flere betydelige verker av anerkjente teoretikere som redegjør for beskyttelse av bedriftsspesifikk informasjon.⁷ Riktignok tar behandlingene et klart utgangspunkt i bedriftshemmelighetsvernet, og knowhow som sådan er sparsommelig omtalt i litteraturen. Det er i denne sammenheng viktig å se at vernet er overlappende, og at teoriens behandling derfor er av stor betydning også her.

For de reelle hensynene som vektlegges i vurderingen av rettslig vern av bedriftsspesifikk informasjon, vises det til punkt 2.2 under, hvor dette omtales særskilt.

Fordi bedriftshemmelighets- og knowhowvernet ofte kommer på spissen i multinasjonale tvister, er internasjonale kildene av stor betydning for vurderingen. Aller viktigst er EU-direktiv 2016/943. Fordi Norge ønsker adgang til EUs indre marked, forutsettes det at Norge er underordnet de samme reglene for de "fire friheter" som EU for øvrig. Dette innebærer at man har forpliktet seg til å respektere reglene om fri flyt av varer, tjenester, arbeid og kapital. Da dette direktivet tar sikte på å regulere konkurransehandlinger næringsdrivende imellom, er det derfor innenfor rammene for hva Norge som EØS-stat må håndheve lojalt. Dette bekreftes således gjennom relevansen som er blitt statuert av EØS-komiteen. EU-rettens reguleringer av vern av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger må følgelig etterleves innholdsmessig. Den forståelsen som legges til grunn i direktivet utgjør derfor en særskilt viktig tolkningsfaktor.

I tillegg til direktivet påvirker også TRIPS-avtalen vernet av bedriftsspesifikk informasjon.⁸ TRIPS er et eldre multinasjonalt harmoniseringstiltak som ble iverksatt i 1994 for å skape et helhetlig og forbedret vern av handelsiden av de immaterielle rettighetene. Rettighetene som etableres gjennom denne avtalen er fortsatt aktuelle, og flere av avtalens reguleringer går igjen i norsk rett så vel som direktivet.

2.2 Særlig om reelle hensyn

Det som tradisjonelt sett har vært hovedhensynet bak vern av bedriftshemmeligheter og knowhow-kunnskap er insentivhensynet. Hensynet tilrettelegger for at næringslivets aktører investerer og fokuserer på innovasjon og utvikling. Ved å verne om blant annet nyutviklede fremgangsmåter, effektiviseringsprosesser og produkter, gir man bedrifter muligheten til å befeste en sterk markedsposisjon eller eventuelt å kunne konkurrere på bedre vilkår.

Ser man til EU-retten og direktiv 2016/943 viser det seg at insentivhensynet er av fremtredende betydning også her. I direktivets fortale ser man gjentatte ganger at man ved

⁷ Irgens-Jensen/2010, Lunde/2001, og Lunde, Mestad, Michaelsen/2010 er mest sentrale i behandlingen under.

⁸ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh 15 april 1994

denne reguleringen søker å legge til rette for investering i forskning og utvikling gjennom større sikkerhet og klare rammer rundt bedriftshemmelighetsvernet.⁹

Begrunnelsen for lovgiveren sterke ønske om ivaretagelse av bedriftenes insentiv til å drive forskning og utvikling ligger i samfunnets fortjeneste av denne utviklingen. Bedriftenes investeringer er nødvendig for å trigge en utvikling og fremgang som samfunnet ellers ikke ville hatt økonomisk- eller kompetansemessig grunnlag til å gjennomføre på samme måten. Et sterkt vern av forretningshemmeligheter gjør det også enklere for bedrifter å utveksle informasjon og erfaringer uten å risikere misbruk. Igjen er samfunnet tjent med å legge til rette for slik informasjonsutveksling.

For at man likevel ikke skal skape ubalanse i den frie konkurransen, må vernet skilles klart fra patentvern, designvern og andre registrerte rettigheter.¹⁰ Man får ikke vern for fremgangsmåten som sådan, det er kun urettmessige inngrep i denne informasjon loven forbyr. Dette er viktig for å forhindre monopolsituasjoner som bidrar til å stagnere den ønskede utviklingen. Hensynet til konkurransefrihet står dermed også sterkt i denne vurderingen.

Det aller viktigste mothensynet er hensynet til bedriftenes arbeidere. Fordi bedriftshemmelighetsvern som favner for vidt går på bekostning av deres mulighet til å benytte tilegnet kunnskap i yrkeslivet videre, må rekkevidden begrenses deretter. Dersom terskelen for å oppnå vern ligger for lavt, vil man derfor kunne begrense tidligere arbeidstakeres mobilitet i arbeidsmarkedet. Som redegjørelsen under skal vise er dette en intrikat avveining av to høyst beskyttelsesverdige interesser.¹¹

2.4 Metodiske utfordringer

Som vist ovenfor er det et krav at man gjennomfører EU-direktivet i norsk rett på en måte som sørger for ivaretagelsen av reguleringens formål. Innlemmingen direktivet krever er i utgangspunktet en minimumsharmonisering, men det er også innslag av totalharmonisering på enkelte punkter.¹² Der hvor et totalharmoniseringsdirektiv forutsetter at man ikke oppretter eller opprettholder regler som avviker fra de felles harmoniserte reglene direktivet oppstiller, innebærer det ved minimumsharmonisering at medlemsstaten er forpliktet til å sikre ivaretagelsen av direktivets bakenforliggende hensyn på en adekvat måte. Selve gjennomføringsmetoden skjer imidlertid på statens egne premisser. Tradisjonelt

⁹ Tilretteleggingen for forskning og utvikling er gjennomgående i direktivets fortale, men kan blant annet leses ut av fortalens avsnitt 1 og 3.

¹⁰ Ved slike registrerte rettigheter oppnår rettighetshaveren en enerett til utnyttelse av oppfinnelsen, verket, produktet o.l.

¹¹ Avveiningen adresseres en rekke ganger i direktivet. Blant annet i fortalens avsnitt 3, 13 og 14

¹² EU-direktiv 2016/943 art. 1 nr. 1 andre avsnitt

sett har dette vært gjort på flere forskjellige måter. Det har blitt gjort gjennom forskrifter, direkte inkorporering av direktivet og opprettelse av ny og samsvarende nasjonal lovgivning. I inneværende tilfelle er direktivet forslått innlemmet ved ny lov om forretningshemmeligheter.

I den følgende analysen av det rettslige vernet, blir det tatt utgangspunkt i dette lovforslaget. Et slikt utgangspunkt er ikke uproblematisk. Fordi det ikke er rettskraftig i skrivende stund¹³, kan man ikke uten videre lene seg på denne loven. Forslaget har ikke autoritative forankring før loven Stortinget har samtykket til innholdet og vedtatt lovendringen.

Som avhandlingen skal vise, er lovforslaget imidlertid svært tro mot direktivet det bygger på, og skiller seg ikke markant innholdsmessig. Fordi Norge igjen er bundet til å etterleve direktivets innhold, åpner dette for at man i større grad kan basere seg på det ikke-vedtatte lovforslaget.

Ettersom lovforslaget ikke er rettskraftig er det heller ikke autoritative forarbeider å støtte seg på for den nærmere forståelsen av lovforslagets konkrete vilkår og vurderingsmomenter. Det er klart at dette vanskeliggjør en reflektert bedømmelse av lovgiverviljen så vel som forståelsen av vilkårenes innhold. Imidlertid er man ikke uten tolkningsbidrag. For det første kan en støtte seg på direktivets fortale, som gir tydelige retningslinjer for hvilke hensyn som skal tas, og hvilken vekt de bør ha. Videre kan man også støtte seg på nasjonale forarbeider og rettspraksis. Selv om disse er langt eldre enn direktivet og lovforslaget, fremstår det som utvilsomt at man på flere områder ønsker å videreføre gjeldende rett. Dette gir justis- og beredskapsdepartementet klart uttrykk for i høringsnotat.¹⁴

Behandlingen i det følgende tar således forbehold om at det kan skje endringer i lovforslagets sammensetning og innhold. Det anses likevel forsvarlig å ta utgangspunkt dette, fordi det reflekterer direktivets formål på en direkte måte. Slik sett vil de vurderinger og betraktninger som gjøres i oppgaven uansett påvirke hvordan gjeldende rett på området skal forstås.

2.5 Plassering av knowhow

Bedriftshemmeligheter utgjør kjernen av informasjon som oppnår vern etter de aktuelle bestemmelsene. I forlengelsen av bedriftshemmeligheter, vernes også tilgrensende informasjon. Ved å utvide vernet til også å omfatte tilgrensende informasjonen åpner man

¹³ Ved innlevering av oppgave 10. mai 2019

¹⁴ <https://www.regjeringen.no/contentassets/d1da66bb9e414ee28b41a95e993d1f90/horingsnotat-1955806.pdf>

for å beskytte informasjon som ikke nødvendigvis kvalifiserer som en bedriftshemmelighet, men som likevel er mer beskyttelsesverdig enn allmenn kunnskap. At knowhow tilhører denne kategorien, synes utvilsomt. I EU-direktivets fortale uttales det eksplisitt at man for knowhow kan oppnå vern dersom vilkårene for øvrig er oppfylt¹⁵. Også i norsk rett er det en bred konsensus om at knowhow kan oppnå vern. Her har det også vært illustrert hvilken type informasjon som bedriftene anses å ha en verneverdig interesse i å bevare.

Det ledende prejudikatet som gir retningslinjer for hvilken informasjon som kan være verneverdig knowhow, er Rt-1964-234 "Notflottør." Avgjørelsen er fra 1964, og spørsmålet var ikke vurdert under dagens bestemmelser. Dette medfører likevel ikke at avgjørelsen er utdatert. Den har vært vist til i en rekke sammenhenger også i nyere tid, og det kan ikke være tvilsomt at dommen i aller høyeste grad har relevans også i dag.

Avgjørelsen omhandlet en arbeidsleder ved en plastfabrikk som fremstillet notflottører av P.V.C.-skum, som sluttet i bedriften etter en kontrovers med bedriftens innehaver. Da den tidligere arbeidslederen tok arbeid ved en annen fabrikk, tok han med seg informasjon om produksjonen av tilsvarende notflottører. Den sentrale problemstillingen for retten var hvorvidt fabrikkens produksjonsprosess kunne anses som en bedriftshemmelighet, og om arbeidslederen urettmessig hadde utnyttet denne informasjonen da han startet i en konkurrerende virksomhet.

I sin avgjørelse fant ikke retten det avgjørende om produksjonsprosessen var en bedriftshemmelighet, fordi man uansett var bundet til en taushetsklausul vedrørende produksjonsprosessen. Det vises videre til den sakkyndiges vurderinger, og hvordan han hadde fremhevet betydningen av vern av knowhow som supplement til bedriftshemmelighetsvernet. Ytterligere ble det redegjort for innholdet i knowhow-begrepet, som ble definert som "en samling av tekniske detaljer, kunnskaper og erfaringer som samlet kan være avgjørende for bedrifts konkurranseevne, men som hver for seg kan synes ubetydelige. Begrepet dekker således området mellom bedriftshemmeligheter og almen teknisk viten."¹⁶

Uttalelsene har blitt stående og referert til i nyere forarbeider, litteratur og rettsavgjørelser. Selv om begrepet har fått et videre og tydeligere definert virkeområde i senere tid, er det ikke tvilsomt at disse tidlige uttalelsene har etablert et vern av informasjon i området mellom fullverdige bedriftshemmeligheter og allmenn viten.

Typiske former for knowhow er fremgangsmåter, produksjonsprosesser og effektiviseringsmekanismer. Hvorvidt den tekniske vitenen bedriften besitter er en enkelt detalj eller mer omfattende endringer i den kjente framstillingsteknikken synes ikke å være

¹⁵ EU-direktiv 2016/943 fortalens punkt 14

¹⁶ Rt.1964-238 s. 243

avgjørende. Så lenge man kan oppnå en økonomisk eller konkurransemessig fordel som bedriften kan utnytte, vil man ha et godt utgangspunkt for å oppnå vern.

Eksemplifiseringen som vist over angir imidlertid ikke alle formene for informasjon som kan oppnå vern som knowhow. Et annet eksempel er markedsføringsstrategier og kunderegister. Denne typen informasjon har et helt annen karakter enn eksempelvis produksjonsprosessene som nevnes, men kan på samme måte påvirke bedriftens økonomiske og konkurransemessige posisjon. Eksempelene er således kun ment som illustrasjon. Den nærmere avgrensningen er svært skjønnsom, og kan ikke rettfærdiggjøres ved en opplisting. Hvilke krav som stilles til informasjon som kan utgjør en bedriftshemmelighet eller knowhow er i kjernen av omtalen i oppgavens del om lovforslagets § 2, og adresseres utførlig under.

Plasseringen av knowhow som en tilgrensende informasjonskategori er det sentrale i dette punktet. Som illustrert er ikke skillet mellom bedriftshemmeligheter og verneverdig knowhow skarpt. Fordi vernet har utgangspunkt i de samme vilkårene, og er basert på de samme bakenforliggende hensynene, er dette naturlig. Også innholdsmessig er vurderingen ofte tilsvarende eller overlappende, og i alle fall tilgrensende. Dette legger grunnlaget for behandlingen under. I behandlingen av vilkårene som oppstilt i forslaget §§ 2 og 3 vil ikke knowhow adresseres særskilt, ved mindre det er grunn til å tro at vernets rekkevidde vil kunne avvike fra bedriftshemmelighetsvernet for øvrig.

3. Definisjonen av en bedriftshemmelighet

Lovens § 2 gjennomfører direktivets art. 2 nr. 1 og 2, som definerer "forretningshemmeligheter" og "innehaver av en forretningshemmelighet."

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*
- b) har kommersiell verdi fordi de er hemmelige*
- c) innehaveren har truffet rimelige tiltak for å sikre hemmelighold av Alminnelige erfaringer og ferdigheter som en arbeidstaker har tilegnet seg under et ansettelsesforhold, utgjør ikke en forretningshemmelighet.*

Med innehaver av en forretningshemmelighet menes i denne loven en fysisk eller juridisk person som rettmessig kontrollerer en forretningshemmelighet

Verneobjektet etter Justis- og beredskapsdepartementets forslag er "opplysninger" som kvalifiserer til å kunne betegnes og behandles som "forretningshemmeligheter." Et alminnelig utgangspunkt for vurderingen innebærer at det må være opplysninger som overstiger en viss terskel. Denne terskelen er objektiv, og det kan ikke være avgjørende at bedriften selv anser informasjonen som hemmelig. Det nærmere innholdet beror på en tolkning av vilkårene som fremgår av lovforslagets § 2 første ledd. Gjennom disse vilkårene oppstilles minimumskravene til opplysningene som skal kunne vernes. Bestemmelsen gjennomfører kravene som stilles til opplysningene etter direktivet. Direktivet tilsvarer igjen definisjonen av fortrolige opplysninger i den allerede ratifiserte TRIPS-avtalen.¹⁷ Dette innebærer, som redegjørelsen under skal vise, at kravene i stor grad er kjent i norsk rett, selv om forslaget gir et annet språklig uttrykk av vilkårene.¹⁸

3.1 Utgangspunkt for definisjonen

For at en vurdering av minstekravene § 2 oppstiller i det hele tatt skal være av betydning, må det være på det rene at det gjelder "opplysninger." Dette begrepet er ikke definert i direktivet. Ut ifra en språklig forståelse ligger det imidlertid få begrensninger i ordlyden, og det er uavklart hvorvidt det kan utledes noen begrensninger overhodet i hvilken informasjon som kan regnes som en opplysning. I direktivets fortale fremgår det et viktig tolkningsmoment i denne sammenheng:

"it is important to establish a homogenous definition of a trade secret without restricting the subject matter to be protected against misappropriation."¹⁹

Ved å bruke betegnelsen "without restricting" fremstår det som om at lovgiver ønsker å favne så bredt som mulig, og ikke begrense måtene opplysningene kan fremgå på. I forlengelsen av dette heter det videre i fortalen at begrepet er ment å dekke "know-how, business information and technological information." Dette indikerer ytterligere at opplysningsbegrepet er ment å ha et bredt virkeområde. Den mest konkrete retningslinjen for hvilken informasjon som faktisk skal kunne vernes, fremgår også av punkt 14 i direktivets fortale. Her heter det at bedriftene kan oppnå vern for opplysninger dersom de har "legitimate interest in keeping them confidential and a legitimate expectation that such confidentiality will be preserved." Dette innebærer med andre ord at såfremt en bedrift har

¹⁷ TRIPS art. 39

¹⁸ Eksempelvis: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/nov/forretningshemmelighetsdirektivet/id2434637/>: «Det er (...) i realiteten stor grad av samsvar mellom direktivet og de løsninger som kan utledes av gjeldende norsk rett." For eksempel inneholder norsk regelverk ingen definisjon av forretningshemmeligheter, men kriteriene i direktivets definisjon samsvarer i stor grad med den alminnelige definisjonen som er lagt til grunn i rettspraksis.

¹⁹ EU-direktiv 2016/943 fortalens punkt 14

en legitim interesse i å bevare håndfast informasjon, vil den være en "opplysning" i lovens forstand.

Videre heter det i lovforslagets bokstav (a) at "opplysningene" må være hemmelig "som helhet, eller slik de er satt sammen." Selv om dette knytter seg til det vilkåret som behandles nedenfor i punkt 3.2, er dette av overordnet betydning for rekkevidden av hva som er en opplysning.

Det første alternativet, "som helhet", har et ganske selvsagt innhold, og omfatter de opplysninger som i seg selv er ukjent for allmennheten. Dette kan eksempelvis være kjennskap til et helt nytt produkt eller en revolusjonerende fremgangsmåte som skiller seg markant fra den kjente fremstillingsteknikken.

Det andre vilkåret, "slik de er satt sammen", har ikke et like entydig innhold. Språklig sett viser alternativet til at forretningshemmeligheter og knowhow kan bestå av en rekke kjente komponenter, men som skaper noe nytt når de er blir satt sammen på en bestemt måte. Dette kan eksempelvis være en hemmelig oppskrift som baserer seg på isolert sett kjente råvarer. At slike informasjonssammensetninger kan oppnå vern er naturlig. I tidligere norsk rett har dette likevel vært utgangspunkt for betydelige drøftelser, særlig i relasjon til rettslig vern av knowhow.

I en avgjørelse fra Gulating lagmannsrett, "Roxar," var det spørsmål om et produkt, som var utviklet basert på en "sum av erfaring og prøving og feiling over flere år," kunne oppnå vern etter mfl. §§ 28 eller 29.²⁰ Det var i denne saken klart at den enkelte del i seg selv ikke oppfylte vilkårene etter §§ 28 eller 29, men at det måtte være et spørsmål om den "sum av viten" som forelå likevel var verneverdig nok til å oppnå beskyttelse. Dommer åpner ved denne uttalelsen for at man prinsipielt sett kan få vern for en informasjonssammensetning.

Denne tilnærmingen til spørsmålet er videre tilsluttet i teorien.²¹ og det har vært av spesiell betydning for vern av knowhow. Fordi utviklingen på avanserte fagområder gjerne foregår gradvis og bygger videre på det kjente forløpet, er det hensiktsmessig å åpne opp for at mindre endringer og tillegg kan oppnå vern fordi de kan utgjøre en stor forskjell i resultatet. Også for informasjon som er enklere tilgjengelig, men ressurskrevende å innhente, kan aksept for vern av "sum av viten" være instrumental for å forsvare investeringer i forskning og utvikling.

Det er imidlertid viktig å presisere at dette ikke åpner for at man kan oppnå vern for enhver informasjonssammensetning. I senere rettspraksis er det vist at det er utviklingsarbeid andre

²⁰ LG-2003-8710

²¹ Lunde/2010 s.160

må bruke ressurser og tid for å oppnå, som tilsier at man skal få vern.²² For at den summen av viten skal være verneverdig må det derfor være snakk om konkret utvikling av den kjente teknologien, produksjonsprosessen, fremgangsmåten, o.l. Dette er fordi blant annet hensynene til fri arbeiderflyt og sunn konkurranse tilsier at man ikke skal ha anledning til å begrense bruken av informasjon dersom den ikke representerer en ressurs for innehaverens økonomi- eller markedsposisjon.

Ved å ta inn "opplysninger" "slik de er satt sammen" i ordlyden, markerer lovgiver et ønske om å tydeliggjøre muligheten for å oppnå vern for "sum av viten." Selv om det var en bred konsensus i det juridiske miljøet om at dette uansett var mulig, er dette en viktig formalisering i veien mot å oppnå et styrket vern av bedriftshemmeligheter og knowhow.

3.2 Allment kjent

For at opplysningene skal oppfylle vilkårene i § 2 bokstav (a) til (c), kreves det for det første at de ikke er "allment kjent" eller "lett tilgjengelig." Vilkårene er alternative, og vilkåret "lett tilgjengelig" vil bli behandlet i punkt 2.3. under. For innværende punkt er spørsmålet hva som skal til for å anse opplysninger som "allment kjent."

At vernet faller bort dersom opplysninger er "allment kjent" synes ikke problematisk ved første øyekast. Dersom informasjon er kjent for allmennheten vil også konkurrerende bedrifter enkelt kunne benytte denne, og den økonomiske eller konkurransemessige fordelene blir dermed for liten til at det vil være en velbegrunnet interesse i å verne om informasjonen.

På den andre siden bør det ikke kreves for mye før noe er tilstrekkelig ukjent. I motsetning til eksempelvis patentretten eller opphavsretten er det for forretningshemmeligheter og knowhow kun den urettmessige utnyttningen av informasjonen som vernes. Dette innebærer at informasjon som ligger nær grensen til allmenn viten kan vernes om, uten at dette gir en utilsiktet monopolsituasjon. Dette er fordi andre konkurrerende bedrifter også kan oppnå denne kunnskapen dersom de besitter de samme skapende ressursene og investere tilsvarende i undersøkelser og forskning. Ingen er således avskåret fra å utnytte informasjonen rettmessig, og terskelen for å oppnå vern bør være lavere enn for den immaterielle retten for øvrig.

I den nærmere tolkningen av vilkåret, kan ordlyden "allment kjent" være misledende dersom den tolkes bokstavelig. Hvorvidt allmennheten kjenner til informasjonen er irrelevant for vurderingen. I TRIPS art. 39, som direktivet og lovforslaget bygger på, vises det at det er

²² LB-2013-20938, hvor det vises til uttalelser i Notflottør-dommen.

allmennheten "within the circles that normally deal with the kind of information in question" kravet relaterer seg til. I direktivet er presiseringen direkte videreført²³, og i høringsnotatet til forslaget til ny lov uttales det at denne klargjøringen ikke er tatt inn fordi det anses unødvendig å presisere dette i lovteksten.²⁴ Dette innebærer at spørsmålet om informasjonen er allment kjent utvilsomt skal rette seg mot bransjen den er aktuell i. Hvorvidt "mannen i gata" vet eller forstår hva som skal til for eksempelvis å få et foringssystem for laks til å fungere er uten betydning, det avgjørende er om fagmenn som jobber med lakseoppdrett kjenner til eller enkelt kan finne frem til den aktuelle mekanismen som definerer om den er kjent eller ikke.

Med en terskel og en rett referansegruppe fastlagt, vil spørsmålet videre være hva som skal til for at opplysningene er allment kjent i den aktuelle fagkretsen.

Tradisjonelt sett har man hatt svake kilder å støtte seg på ved den konkrete vurdering av hva som faktisk skal til. I konkurransekomiteens innstilling fra 1966 ble det uttalt at bedriftshemmelighetsvernet går tapt når man ikke lenger kan regne med "varig hemmeligholdelse."²⁵ I Skeie sin behandling av spørsmålet,²⁶ som utgjør utgangspunktet for nevnte forarbeidsuttalelse, ble det gitt uttrykk for at dersom personkretsen med kjennskap til hemmeligheten blir for vid, ville man ikke kunne forvente slik varig hemmeligholdelse. En slik tolkning ville innebære at bedriftshemmelighetshaveren i verste fall må begrense antallet ansatte, samarbeidspartnere, investorer og andre personer som får tilgang til den konfidensielle informasjonen dersom han ønsket å bevare den. Dette ville ikke vært heldig. Dersom man er nødt til å etterleve slike vage og lite gjennomtenkte krav vil man potensielt begrense utviklingen og en effektiv benyttelse av informasjon på en uønsket måte. I tillegg, slik det blir adressert i Irgens-Jensens behandling,²⁷ gir denne tolkningen en henvisning til at det kun er hemmeligheter som potensielt har lang levetid som kan vernes. Dette er en kritisert og ikke holdbar tolkning, da eksempelvis en markedsføringskampanje, som blir avslørt ved lansering, vil kunne være en bedriftshemmelighet frem til den nærliggende lanseringen. På bakgrunn av dette kan ikke en begrensning som baserer seg på hemmelighetens potensielle levetid være avgjørende i spørsmålet om den er allment kjent.

Spørsmålet om informasjonen er allment kjent bør heller bero på en konkret vurdering av hvor utbredt informasjonen kan være blant de fagfolk som normalt behandler denne typen informasjon.

Intuitivt må man kunne avgrense mot et krav til eksklusivitet. Dette kan begrunnes ved flere forhold. For det første vil man i praksis mangle kunnskap om den informasjon konkurrerende

²³ EU-direktiv 2016/943 art. 2 første ledd bokstav (a) siste setning

²⁴ Høringsnotat s.120

²⁵ Konkurransekomiteens innstilling 1966 s. 48

²⁶ Skeie/1913 "Retsbeskyttelse for drifts- og forretningshemmeligheter" s.243

²⁷ Irgens-Jensen/2010 s. 181

bedrifter besitter, disse vil naturligvis også etterstrebe hemmelighold. Så lenge det ikke er beskrevet i faglige miljøer på en måte man må anta at enhver i bransjen får med seg, som eksempelvis sentral faglitteratur eller andre bedrifters offentliggjøring av tilsvarende informasjon, vil man ikke sikkert kunne anta hvilken kunnskap og viten konkurrerende bedrifter har. Selv i situasjoner hvor man har sikre holdepunkter som tilsier at enkelte konkurrerende bedrifter også innehar tilsvarende informasjon, er det ikke uten videre grunn til å konkludere med at kunnskapen er allment kjent. Dersom man besitter kunnskap ikke *alle* konkurrerende bedrifter har, vil man fortsatt kunne oppnå et konkurransefortrinn. For å underbygge insentivhensynet er det derfor viktig å legge til rette for at man skal kunne ivareta denne informasjonen, selv om også andre aktører i markedet besitter den.

3.3 Lett tilgjengelig

"Lett tilgjengelig" er det alternative vilkåret i § 2 bokstav (a), som i praksis synes å være enklere å påvise enn faktisk kjennskap. Igjen er det mangelen på økonomiske- eller konkurransemessige fortrinn som begrenser vernet. Dersom andre aktører i tilsvarende bransje enkelt kan tilegne seg denne kunnskapen, vil man ikke ha en reell verneverdig interesse i hemmeligholdelse. Også for spørsmålet om tilgjengelighet oppstår det tvilssituasjoner vedrørende fastleggingen av en terskel.

For bedriftshemmelighetsvernet som helhet, må informasjonen anses lett tilgjengelig dersom konkurrentene til en lav kostnad eller ved andre enkle midler kan tilegne seg den.²⁸ Dersom informasjonen er et resultat av inngående undersøkelser, som det ikke er nærliggende for andre bedrifter å foreta seg, vil dette raskt være snakk om lite tilgjengelig informasjon.

Vilkåret har også en side til det som betegnes som "reverse-engineering." I henhold til direktivet artikkel 3 om lovlig tilegnelse, bruk og formidling er både "observation" og "disassembly" "of a product or object" "that has been made available to the public" rettmessige måter å tilegne seg kunnskap på.²⁹ For spørsmålet om tilgjengelighet har dette betydning hvor bedriftshemmelighetshaveren har brukt den hemmelige informasjonen til å fremstille et bestemt produkt. Dersom konkurrerende bedrifter gjennom å reversere fremstillingsteknikken er i stand til å tilegne seg kunnskapen som tidligere var hemmelig, er det naturlig å anse denne som lett tilgjengelig. Etter at produktet er brakt på markedet, vil vernet i mange tilfeller falle bort.³⁰

²⁸ Lunde/2010 s. 235

²⁹ EU-direktiv 2016/943 art. 3 nr. 1 bokstav (b)

³⁰ Et treffende tilfelle har vært behandlet LB-2013-20938, "Vensafe." Her ble en berøringsskjerm for valg av produktet på en vareautomat ikke vurdert som tilstrekkelig ukjent. Dette la lagmannsretten til grunn som følge av produktets eksponering i offentligheten, og at andre enkelt kunne tilegne seg kunnskapen herfra.

Spørsmålet om tilgjengelighet videre særlig interessant for vernet av knowhow. I norsk rett har man vist til konkurransekomiteens uttalelse om at knowhow kan nyte vern, selv om "kyndige personer relativt enkelt kan komme til løsningen."³¹ I Irgens-Jensen tas det til ordet for at denne uttalelsen åpner for et bredere vern av knowhow-kunnskap enn bedriftshemmeligheter som sådan, men at informasjonen "ikke kan ligge helt i dagen."³²

Til støtte for denne tolkningen, viser Irgens-Jensen blant annet til svenske forarbeider som sier at kunnskap ikke kan anses som en hemmelighet selv om det bare er kjent innenfor en viss krets, dersom det må antas at den enkelt tilgjengelig til en lav kostnad.³³ Også dansk rettsteori har vist tilbøyelighet til å gi knowhow et videre vern, da Plesner antok at det kunne være tilstrekkelig dersom det var snakk om en "relativ forbedring av teknikken" som ikke var "beskrevet i faglige tidsskrifter."³⁴

Dette viser at man for knowhow åpner for å verne om informasjon som i større grad grenser til det trivielle. Situasjonen, slik det ble beskrevet allerede i 1964, er på mange måter fortsatt dekkende for hvordan dette kan virke inn på vernet. Her beskrev den sakkyndige i Notflottør-dommen det slik at "selv om alle komponenter i en sammensetningen, alle ledd i en prosess i og for seg kan finnes beskrevet i den tekniske litteratur, er bare det å vite hva man skal velge i dagens mylder av råstoffer, hvilke innbyrdes råstoffkvanta en skal benytte, hvilken metode blant flere en skal velge, hvordan en maskin skal kjøres for å gi beste resultat osv., så verdifullt at en bedrift ønsker å beskytte seg mot at disse opplysninger kommer til konkurrentenes kjennskap."³⁵ Dette viser at informasjon konkurrenter kunne komme frem til, selv ved antatt lav ressursbruk, kan nyte vern allerede dersom den gir bedriften en marginal konkurransefordel.

Denne drøftelsen baserer seg på kilder som eksisterte lenge før EU-direktiv 16/943, men det antageligvis ikke grunn til å anta at vernet vil være annerledes. Som beskrevet i fortalens punkt 4 har direktivet har som målsetning å forbedre bedriftshemmelighetsvernet, og dersom man reduserte adgangen til å oppnå vern for knowhowkunnskap som bare marginalt representerer en utvikling fra den allmenne kunnskapen, vil dette kunne virke mot sin intensjon. Det er og uttalt i forbindelse med lovforslagets høringsrunde at gjeldende rett i stor grad vil bli videreført, og at man dermed ville skjerpet kravene for å oppnå vern som følge av tilgjengelighet synes urealistisk.

³¹ Konkurransekomiteens innstilling 1966 s. 61

³² Irgens-Jensen/2010 s.187

³³ SOU 1983:52 Företagshemligheter s.375

³⁴ Plesner NIR 1965 s.25-26

³⁵ Rt-1964-238

3.4 Kommersiell verdi fordi de er hemmelig

I § 2 bokstav (b) heter det at bedriftshemmeligheten må ha "kommersiell verdi" i kraft av å være hemmelig. Dette vilkåret markerer en nyvinning i norsk rett, hvor man tidligere ikke har operert med et slikt eksplisitt krav kommersiell verdi. Det blir derfor viktig å utlede hvilken betydning dette har for vernet i fremtiden.

Av ordlyden "kommersiell verdi" kan man utlede et krav til at hemmeligheten eller knowhow-kunnskapen må ha salgs- eller utnyttingsverdi av økonomisk art. Det kan derav ikke være tilstrekkelig at informasjonen verdsettes internt, dersom den ikke ville være av økonomisk betydning for andre aktører i markedet.

Kjernen av vilkåret synes å være den verdi som gir eieren en reell forbedret økonomisk posisjon. Dette kan for eksempel realiseres gjennom en stryket markedsposisjon, en videresalgverdi eller en kostnadsbesparende effektiviseringsmekanisme. En slik verdirealisering kan likevel ikke være påkrevd. Denne viktige presiseringen av innholdet kan leses ut av direktivets fortale, hvor det påpekes at verdirealisering ikke kan kreves for å oppnå vern. Her heter det nemlig at "actual (value)" så vel som "potential (value)" representerer beskyttelsesverdige interesser.³⁶ Dette samsvar godt med fortalens første punkt hvor det presiseres at ikke-kommersielle aktører også skal ha rett på vern av sin kunnskap etter direktivet. På denne måten vernes bedriftshemmeligheter og knowhow på bakgrunn av sin underliggende verdi, hvilket skaper et bredere og mer rettferdig vern av beskyttelsesverdige hemmeligheter.

For den nærmere konkretisering av vilkårets innhold og rekkevidde, er det igjen nødvendig å se til direktivets fortale. Her listes det opp en rekke måter informasjon kan være av kommersiell verdi. Det uttales her at informasjonen kan være kommersiell i kraft av å være betydningsfullt for vedkommende bedrifts "scientific and technical potential, business or financial interests, strategic positions or ability to compete."³⁷ Som oppstillingen her viser, relaterer kravet seg til et bredt spekter av interesser. Dersom mangel på vern av informasjon fører til at bedriftens potensiale på nevnte områder står i fare for å undergraves, er det nærliggende å fastslå at informasjonen har kommersiell verdi. På generelt grunnlag er det vanskelig å utdype ytterligere hvilken informasjon som kan oppnå vern, fordi vurderingen av om informasjonen kan innvirke på bedriftens kommersielle verdi må være skjønnsom og helt konkret. Vernet kan imidlertid i en viss utstrekning avgrenses negativt. I henhold til fortalen vil for det første ikke triviell informasjon inneha det nødvendige kommersielle potensialet.³⁸ Det kan avgrenses videre mot kunnskap som omtalt i punkt 4.3.1 nedenfor og kunnskap som omtalt i punkt 3.2 og 3.3 over.

³⁶ EU-direktiv 2016/943 fortalens punkt 14

³⁷ EU-direktiv 2016/943 fortalens punkt 14

³⁸ EU-direktiv 2016/943 fortalens punkt 14

Sett opp mot dagens rammer for vern av bedriftshemmeligheter representerer innlemmingen av vilkåret "kommersiell verdi" i alle fall en språklig nyvinning, ettersom man i norsk rettstradisjon ikke har operert med et krav direkte knyttet til det kommersielle.³⁹ Også i norsk rettstradisjon har det imidlertid vært nødvendig å kunne påvise en viss betydning for bedriften dersom informasjonen skulle anses beskyttelsesverdig. Selv om vilkåret har tette bånd med vilkåret om at informasjonen skal være bedriftsspesifikk, så har dette vært behandlet som et selvstendig vilkår.⁴⁰

I norsk rett har vurderingen vært knyttet til det mer generelle begrepet "betydning." Hverken ordlyd eller forarbeider utdyper på hvilken måte informasjonen må være av betydning.⁴¹ Dette innebærer imidlertid ikke at den kommersielle siden er uten betydning. Den økonomiske betydningen av informasjon inngår utvilsomt i tradisjonelle vurderingen av hva som anses betydningsfullt også i nasjonal rett. Det har også fremgått eksplisitt av TRIPS-avtalen.⁴² At den kommersielle verdien utvilsomt har vært viktig også ved tidligere vurdering synes derfor å være ukontroversielt.

Imidlertid har det kommersielle aspektet vært en del av en tilsynelatende større samlet vurdering av hva som utgjør tilstrekkelig betydning. Momenter som konkurrentenes ressursbruk for å oppnå samme kunnskap eller hvilke kvalifikasjoner deres ansatte måtte antas å ha har også vært helt sentrale vurderingsmomenter.⁴³ Dette er momenter som ikke nødvendigvis inngår i den naturlige forståelsen av vilkåret kommersiell verdi. I lys av fortalen synes det imidlertid klart at kunnskap konkurrenter må investere i for å oppnå, har kommersiell verdi.⁴⁴

Innlemmingen av vilkåret er derfor tilsynelatende en presisering og formalisering av hva som har vært gjeldende rett. Selv om det tidligere har vært snakk om en samlet vurdering av informasjonens betydning for bedriften, vil dette i realiteten omfattes av lovforslagets vilkår "kommersiell verdi."

3.5 Rimelig beskyttelsestiltak

For at informasjon skal oppnå vern, kreves det etter § 2 bokstav (c) at bedriften selv behandler informasjonen som hemmelig ved å gjennomføre rimelige tiltak for å hindre at informasjonen tilkommer uvedkommende. Ordlyden fremhever et krav om tiltak, men hva

³⁹ Irgens-Jensen/2010 s. 234 flg.

⁴⁰ Irgens-Jensen/2010 s. 176

⁴¹ Irgens-Jensen/2010 s.234

⁴² TRIPS art. 39

⁴³ Irgens-Jensen/2010 s. 234

⁴⁴ EU-direktiv 2016/943 punkt 14

som skal til for at bedriftens tiltak skal være tilstrekkelig kan ikke utledes av begrepet. Ordlyden fremstår derfor vag, og spørsmålet om hvilke nærmere tiltak som er tilstrekkelig beror på rettskildene for øvrig.

I norsk rett har konkurranselovkomiteens innstilling gitt grunnlag for vurderingen når det uttales at bedriftene må "uttrykkelig ha markert kravet på hemmelighold eller at dette ligger i selve situasjonen."⁴⁵ Denne uttalelsen har vært retningsgivende for anvendelse i norsk praksis, og i flere rettsavgjørelser har det vært formulert lignende utdypninger av vilkåret.

I rettsavgjørelsen SAS/Braathens⁴⁶ fra 2007 viser Høyesterett at uttalelsen fra forarbeidene fortsatt er dekkende, når det for spørsmålet om beskyttelsestiltak ble gjentatt at "det må enten uttrykkelig være markert at det gjelder et krav på hemmelighold, eller det må ligge i selve situasjonen at det gjelder et slikt krav."

Innholdsmessig er kravet todelt. For det første vil det være et tilstrekkelig tiltak dersom bedriften foretar seg aktive handlinger som markerer deres ønske om å holde informasjonen innenfor en bestemt og lukket krets. Slike aktive handlinger kan eksempelvis gjennomføres ved taushetsplikt-klausuler i avtaler, stemping av dokumenter, kryptering, adgangskontroll ved bedriften og lignende. I henhold til forarbeidene og rettspraksis synes det å være uproblematisk å slå fast at slik tydelig handlinger representerer tilstrekkelige beskyttelsestiltak.

Videre åpner uttalelsene også for at implisitte krav om hemmelighold kan være tilstrekkelig. Dersom bedriftshemmelighetshaveren skaper en underforstått forståelse hos motparten om at informasjonen er konfidensiell, har han foretatt rimelige beskyttelsestiltak. I tidligere nevnte avgjørelse SAS/Braathens hadde ikke Norwegian på noe tidspunkt uttrykkelig markert at dataene de hadde tilgjengeliggjort skulle være hemmelige. Fordi informasjonen lå lagret i en database man kun fikk tilgang til med Norwegians sitt samtykke og det faktum at dataene inneholdt informasjon flyselskap som alminnelig utgangspunkt ønsker å holde skjult, måtte det være klart for SAS/Braathens at Norwegian hadde et underforstått ønske om at informasjonen ikke skulle benyttes ut over oppdraget. Retten akseptere likevel at Norwegian hadde gjort tilstrekkelige tiltak for å oppnå vern.⁴⁷

Dette viser at man i norsk rett har operert med en lav terskel. I Irgens-Jensens litteratur tar han til ordet for at det er tilstrekkelig beskyttelsestiltak så lenge informasjonsmottakeren bringes ut av en aktsom god tro om at han kan benytte seg av informasjonen.⁴⁸ Forståelsen

⁴⁵ Konkurranselovkomiteens innstilling 1966 s. 48

⁴⁶ Rt. 2007 s. 1841

⁴⁷ Rt. 2007 s. 1841 avsnitt 26

⁴⁸ Irgens-Jensen/2010 s. 242

harmonerer godt med hvordan andre europeiske land har behandlet kravet på tidspunktet for bokens utgivelse.⁴⁹

Ser man dette opp mot innlemmingen av EU-direktivet og det nye lovforslaget, kan det tilsynelatende reises tvil om slike implisitte tiltak ligger innenfor det som kan aksepteres etter direktivet. I en artikkel om innlemmingen, uttales det at forståelsen i beste fall ligger på grensen av hva som er omfattet av en naturlig tolkning av bestemmelsens ordlyd.⁵⁰ I tillegg viser det seg at flere land som tidligere opererte med en tilsvarende forståelse, i lys av at direktivet velger å gå bort fra tolkningen som aksepterer implisitte krav om hemmelighold som tilstrekkelig.⁵¹ Dette taler for at man ved innlemmingen av EU-direktivet bør skjerpe forståelsen av hvilke beskyttelsestiltak som er tilstrekkelig.

Med utgangspunkt i de bakenforliggende hensynene kan det argumenteres over hvorfor man i direktivet går inn for et snevrere innhold enn det tidligere har vært operert med. Når en bedrift allerede har investert i forskning og utvikling som kan være samfunnsgagnlig, virker det kunstig å kreve ytterligere ressursbruk for å sørge for at beskyttelsestiltakene er tilstrekkelige. Slik jeg ser det, kan dette, i alle fall prinsipielt, svekke bedriftenes insentiv til å investere i forskning og utvikling. Dette mener jeg fordi bedriftene enten må belage seg på ytterligere ressursinvestering tilsvarende den merkostnad aktive beskyttelsestiltak kan koste, eller så må bedriftene risikere at andre benytter seg av kunnskapen de har investert i.

På den andre siden kan større krav til aktivitet og formalisering ved beskyttelsestiltakene føre til at vernet i realiteten blir enklere å praktisere. Først og fremst kan det bli enklere for personer og bedrifter som befatter seg med andres bedriftshemmeligheter å skille mellom informasjon som er hemmelig og informasjon som kan utnyttes. Dette er fordi aktive beskyttelsestiltak markerer interessen i hemmelighold mye tydeligere enn underliggende forutsetninger, og skaper dermed forutberegnelighet for alle parter. Endringen i kravet kan også tenkes å ha en positiv retts teknisk effekt. Fordi underliggende forutsetninger ikke kan dokumenteres på samme måte som skriftlige erklæringer o.l., er det nærliggende å tenke et skjerpet krav til beskyttelsestiltakene kan forenkle bevisføringen i tvister om urettmessig inngrep.

For knowhow kunnskap er en eventuell innsnevring av vilkåret særlig interessant, fordi det kan føre til en større svekkelse av vernet. Fordi dette er kunnskap som ofte formidles muntlig intern i et selskap, vil det være spesielt utsatt dersom en underliggende forutsetning om hemmeligholdelse ikke kan være tilstrekkelig. Scenarioet hvor en ansatt blir lært opp i et spesialisert system uten å bli gjort oppmerksom på viktigheten av hemmelighold og hvilken

⁴⁹ Irgens-Jensen/2010 s. 242 med videre henvisning i fotnote 887-892

⁵⁰ Irgens-Jensen: " Ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter" s. 525

⁵¹ Irgens-Jensen: " Ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter" s. 525 med videre henvisninger i fotnote (20) og (21).

konkurransfordel denne prosessen gir bedriften, er langt ifra fjern. Det er klart at bedriften er en profesjonell aktør, og naturligvis bør ta forhåndsregler slik at man unngår problematikken gjennom å ha papirarbeidet i orden. Realiteten er likevel at mange, særlig mindre og mellomstore bedrifter, har dårlig oversikt over de juridiske aspektene ved bedriften. En situasjon hvor slike muntlige eller implisitte beskyttelsestiltak ikke vil gi bedrifter vern vil kunne skape ytterligere fordeler i favør av større konsern som har den faglige og økonomiske kapasiteten til å sørge for prikkfri etterlevelse.

På bakgrunn av det som nå er sagt, fremstår det klart at innlemmingen vil føre til en skjerping av kravet til beskyttelsestiltak. Det er imidlertid viktig å presisere at det i utgangspunktet ikke er noe i veien for at Norge opprettholder eller fastsetter mer vidtgående beskyttelse for forretningshemmeligheter enn det som utledes av direktivet. Dette er fordi direktivet ikke krever totalharmonisering på dette området.⁵² Likevel er målsetningen om et harmonisert vern av bedriftshemmeligheter på et internasjonalt plan et sterkt holdepunkt for at Norge bør følge de endringene som statueres i Europa for øvrig.

4. Inngrep i bedriftshemmeligheter og knowhow

4.1. Generelt om inngrepsbestemmelsen

I justis- og beredskapsdepartementets forslag til ny lov har man i § 3 en bestemmelse som regulerer inngrep i bedriftshemmeligheter og knowhow. Bestemmelsen lyder som følger:

Ingen må gjøre inngrep i en forretningshemmelighet ved å oppnå kunnskap om eller rådighet over en forretningshemmelighet ved urettmessig å skaffe seg adgang til, ta med seg, eller kopiere dokumenter eller andre gjenstander hos innehaveren av hemmeligheten, eller ved annen adferd i strid med god forretningskikk.

Ingen må gjøre inngrep i en forretningshemmelighet ved urettmessig å bruke eller formidle en forretningshemmelighet som vedkommende har fått kunnskap om eller rådighet over:

- a) *i strid med første ledd*
- b) *i anledning av et tjeneste-, tillitsverv- eller forretningsforhold*
- c) *i medhold av bestemmelser i lov eller forskrift*

⁵² EU-direktiv 2016/943 art. 1 nr 1. andre ledd

Ingen må gjøre inngrep i en forretningshemmelighet ved urettmessig å oppnå kunnskap om eller rådighet over, bruke eller formidle en forretningshemmelighet som vedkommende på tidspunktet for tilegnelsen, bruken eller formidlingen visste eller burde ha visst var tilegnet fra noen som handlet i strid med annet ledd.

Ordet "inngrep" viser til hovedformene av mulige utnyttelser av bedriftshemmelighetene, og er en fellesbetegnelse for alle handlinger i strid med vernet. Tilegnelse, bruk og formidling er alle omfattet av inngrepsbegrepet dersom de baserer seg på urettmessighet. Urettmessighet som rettslig skranke gjelder generelt, og adresseres i punkt 4.3.2 under. Samlet ser man dermed at det må være en utnyttelse som har begått et inngrep, og at dette inngrepet forutsetter at han har handlet urettmessig overfor hemmelighetens eier.

4.2. Inngrepshandlingene

Slik bestemmelsen er bygd opp, adresseres tilegnelse i første ledd, bruk og formidling andre ledd og benyttelse ved manglende god tro i tredje ledd. At de konkrete inngrepshandlingene fremgår av lovteksten er nytt i forslaget, og bidrar til økt forutberegnelighet knyttet til vernet av bedriftshemmeligheter.

4.2.1. Tilegnelse

I første ledd heter det at ingen "urettmessig" skal oppnå "kunnskap om" eller "rådighet over" en forretningshemmelighet. Vilkårene følges opp av anskaffelsesmetodene "skaffe seg adgang til," "ta med seg," "kopiere" eller ved "annen adferd i strid med god forretningsskikk."

Vilkårene "kunnskap om" og "rådighet over" er alternative og viser at bestemmelsen ikke krever at utnyttelsen skal forstå informasjonen han urettmessig har skaffet seg tilgang til. Dette er en viktig presisering, da det er klart at informasjonen kan utnyttes selv om gjerningsmannen selv ikke har anledning til å nyttiggjøre den. Man kan derfor si at det er det underliggende potensialet i informasjonen som er verneobjektet, og at vernet derfor må gjelde for alle kildene bedrifter har hvor informasjonen kan utledes.

Dette standpunktet forsterkes av at bestemmelsen skal forstås vidt i sine begreper.

"Dokument" skal forstås teknologinøytralt, og omfatter alle logisk avgrensede informasjonsmengder lagret for senere avlesning eller avspilling. På samme måte skal også begrepet "gjenstand" forstås med få begrensninger, og omfatter ulike materialer, stoffer og

software. For at bedriftshemmelighetsdefinisjonen i § 2 skal favne så vidt som den er tiltenkt, er dette en helt nødvendig forståelse av dokument- og gjenstandsbegrepet.⁵³

Selve tilegneshandlingen kan skje på en av de fire alternative måtene som listet i bestemmelsen.

For det første rammes tilegnelse ved urettmessig adgang til dokumenter eller gjenstander som inneholder forretningshemmeligheten. Alternativet dekker for det første den som på uberettiget vis tar seg inn i virksomhetens lokaler o.l., uten å ha noen rett til å være der. Dette er den mest åpenbare urettmessige tilegnelsen. Alternativet gjelder imidlertid tilsvarende for dem som er ansatte eller er tilknyttet bedriften på andre måter, som utnytter denne tilknytningen til å skaffe seg tilgang til deler av bedriften de ikke har som følge av sitt naturlige virke. Ved eksempelvis å skaffe seg tilgang til passord- eller krypteringsbeskyttende datamaskiner eller å se på hemmeligstemplede dokumenter kan også for personer med tilknytning til bedriften være snakk om urettmessig adgang.

Tilegnelsen gjelder videre ikke kun de fysiske dokumentene og gjenstandene hvor hemmelighetene kan utledes fra, men også urettmessig digital tilgang dekkes av alternativet. Dette innebærer at informasjon den påståtte inngriperen har tilegnet seg gjennom datainnbrudd eller annen elektronisk adgang vil være en tilegnelse etter § 3.

Tilegnelsesmåtene i § 3 første ledd, andre og tredje alternativ omhandler den påståtte inngriperens påfølgende handlinger etter han har skaffet seg, permanent eller midlertidig, rådighet over dokumentene eller gjenstanden. Her statueres et forbud mot å "ta med" eller "kopiere" disse. Alternativene supplerer den direkte adgang til rettighetshaverens dokumenter, og sørger for at bedriftshemmelighetsvernet er så bredt som mulig.

Det siste alternativet som er listet i bestemmelsen har det vageste innholdet, og er således også mest interessant. Her heter det at inngrep kan skje ved at en urettmessig skaffer seg tilgang til en bedriftshemmelig ved "annen adferd i strid med god forretningskikk." Alternativet fungerer her som et supplement til de øvrige alternativene dersom de ikke finnes dekkende for tilegnelsesmåten, og er tiltenkt å være en sikkerhetsventil.⁵⁴ Alternativet er spesielt interessant fordi det spiller på en velkjent rettslig standard i norsk rett, som finnes igjen i markedsføringsloven § 25. Ved innføringen av mfl. § 25 anså man den som en nødvendig sikkerhetsventil å for å fange opp uønsket opptreden.⁵⁵ På samme måte kan § 3 første ledd fjerde alternativ her sørge for å fange opp tilfeller av tilegnelse som skjer

⁵³ Både for "dokument" og "gjenstand" følger forståelsen av EU-direktiv 2016/943 art. 4 nr. 2. Her har lovgiver benyttet er mer omfattende opplysning, og det er klart at lovforslaget begreper også eksemplene.

⁵⁴ Høringsnotat s. 124

⁵⁵ Konkurransekomiteens innstilling fra 1966 s. 25 og ot.prp.nr.57 (1971-72) s. 6 og 7.

på måter man i etableringsfasen av loven ikke har tatt stilling til, men som likevel bør være urettmessige.

I høringsnotatet benytter man SAS/Braathens avgjørelsen som illustrasjon på et konkret tilfelle hvor bruken av sikkerhetsventilen kan være nødvendig.⁵⁶ I denne saken hadde SAS/Braathens tilgang til et annet flyselskaps markeds- og reisedetaljer som følge av Braathens tidligere oppdragsavtalen. Da informasjonstilgangen vedvarte ut over Braathens oppdrag, var dette en adferd som klart nok var uønsket. Da Widerøe selv hadde gitt denne tilgang SAS/Braathens, vil det problematisk å karakterisere det som en tilegnelse etter det ovenfor omtalte alternativene. Det kan likevel ikke være tvilsomt at den fortsatte benyttelsen av informasjonen var uønsket. Ved å inkludere et alternativ som på generelt grunnlag forbyr adferd i strid med god forretningsskikk, vil man i stor grad kunne forhindre at inngriperen belønnes for å begå uønsket adferd på måter lovgiver av ulike grunner ikke har klart å inkludere i loven. På samme måte som markedsføringslovens generalklausul i § 25 vil dermed hensynet til sunn og rettferdig konkurranse promoter, som igjen fører til en styrking av bedriftenes insentiv til å investere i forskning og utvikling.

Sett opp mot gjeldende rett, bidrar oppspaltingen og presiseringen som omtalt over til et sterkere vern av forretningshemmeligheter og knowhow. Dette gjøres gjennom å sørge for at alle former for tilegnelse som bidrar til at inngriperen snylter på andres resultater og informasjon er omfattet. Fordi man i mfl. §§ 28 og 29 har benyttet samlebetegnelsen "utnytter," vil ikke en naturlig forståelse av begrepet omfatte en isolert tilegnelse. I litteraturen har det vært antatt at rene tilegnelseshandlinger ikke inngikk i utnyttelsesbegrepet i mfl. §§ 28 og 29.⁵⁷ Tilegnelseshandlinger er riktignok adressert i dagens strl. § 207, hvor man i første ledd viser at inngrepet knytter seg til "oppnådd kunnskap om" eller "rådighet over" forretningshemmeligheter. Vekten som skal tillegges dette må likevel begrenses, da handlingene som beskrives i straffebudet relaterer seg til faktisk utnyttelse av denne tilegnede informasjonen. Når man i lovforslaget nå velger å tydeliggjøre den selvstendige betydningen av å skaffe seg tilgang til andres hemmelige informasjon, markerer dette en skjerping av vernets rekkevidde.

4.2.2. Bruk og formidling

I bestemmelsens andre ledd reguleres tilfellene hvor inngriperen "bruker" eller "formidler" den informasjonen han har skaffet seg på en "urettmessig" måte.

Ordlyden av "bruker" tilsier at den som har skaffet seg tilgang til informasjon også benytter seg av denne. Begrepet har et veldig intuitivt og bredt innhold, og det er vanskelig å tenke

⁵⁶ Rt 2007 s. 1841

⁵⁷ Irgens-Jensen/2010 s. 62

seg situasjoner hvor inngriperen bruker informasjonen i næringsvirksomhet⁵⁸ uten å være omfattet av handlingsbegrivelsen.

Bestemmelsens andre ledd regulerer også tilfellene av urettmessig "formidling" av bedriftshemmeligheter. Begrepet retter seg mot spredning av opplysningene. Den viser eksplisitt at rettstridig adferd ikke forutsetter at den som har tilegnet seg informasjonen benytter den selv, men at det er tilstrekkelig dersom vedkommende bidrar til andre kommer i besittelse av informasjonen.

Samlet sett er det interessant å se de alternative vilkårene i § 3 andre ledd opp mot dagens regulering mfl § 28. I denne bestemmelsen brukes "utnytte" som en samlebetegnelse for all anvendelse av kunnskapen, mens man som nevnt overfor skiller mellom egen bruk og formidling. For delen av bestemmelsen som rammer bruk synes det ikke å føre til noen realitetsendring. Både ordlyden av "bruk" og "utnytte" synes å favne om all anvendelse som inngriperen selv foretar seg. For spredning har man i norsk rett antatt at å utnytte også omfatter at informasjonen brukes som et salgsobjekt.⁵⁹ Ut over dette har det vært sparsommelig omtalt hvorvidt bestemmelsen har vernet om spredning uten økonomisk gevinst eller motivasjon. Formidle fremstår således som et naturlig videre begrep, som antageligvis ikke kan begrenses tilsvarende. Også spredning uten økonomisk motivasjon må språklig sett være omfattet. Dette innebærer for eksempel at spredningshandlinger som utføres i ren skadehensikt må omfattes. Også tilfeller hvor en inngriper ønsker å gjøre mest mulig informasjon tilgjengelig for allmennheten, og følgelig eksempelvis legger informasjonen på internett, må være omfattet.

Også interessant i § 3 andre ledd er hvilken betydning anskaffelsesmåten får for urettmessighetsvurderingen ved den etterfølgende bruken. Dette skal illustreres i det følgende.

Bokstav (a) rammer de tilfellene som bygger videre på urettmessig tilegnelse etter første ledd. Dette innebærer at dersom inngriperen bruker informasjonen han eller andre har tilegnet seg uredelig, vil dette være et nytt selvstendig brudd på bestemmelsen.⁶⁰ Dette er den formen for inngrep som i utgangspunktet ligger lengst fra rettmessig bruk av informasjonen. Her har inngriperen ikke bare skaffet seg tilgang til informasjonen, men han har iverksatt en potensielt skadende handling ved å bruke denne informasjonen.

I bokstav (b) rammes urettmessig bruk av forretningshemmeligheter tilegnet i anledning av et tjeneste-, tillitsverv eller forretningsforhold. Der hvor bruk etter bokstav (a) umiddelbart fremstår som urettmessig, er gråsonen større for inngrep etter bokstav (b). Dette er fordi en

⁵⁸ At det avgrenses mot privat bruk er sikker rett, og en viktig presisering i denne sammenheng

⁵⁹ Konkurransekomiteens innstilling 1966 s. 53

⁶⁰ Gjennomføring av EU-direktiv 2016/943 art 4. nr.3 bokstav a

ansatt eller en forretningspartner vil ha en mye mer naturlig befatning med informasjon som kan være skadende dersom den benyttes til å svekke eierens konkurranseposisjon. De tilfellene hvor en ansatt har tilegnet seg informasjon bedriften bevisst har forsøkt å holde borte fra den ansatte, vil man raskt være over i en situasjon hvor den etterfølgende bruken er urettmessig. Vanskeligere er vurderingen dersom det er snakk om informasjon som arbeidstakeren har tilegnet seg, og som kan anses som alminnelig erfaring eller ferdigheter for hans stilling. Her vil det være mange tilfeller hvor den etterfølgende bruken ikke har vært gjort for å skade tidligere arbeidsgiver, men for å ivareta egne interesser. Disse tilfelle viser at ikke all bruk umiddelbart er urettmessig. Grensen for hva som kan vernes her omtales nærmere i punkt 4.3.1 under.

4.2.3 Bruk ved manglende god tro

Etter tredje ledd rammes de som "visste eller burde ha visst" at informasjonen de får av noen andre, er tilegnet på urettmessig måte eller at vedkommende ikke hadde rett til å videreformidle informasjonen.

Ordlyden av "visste eller burde ha visst" viser til det velkjente norske kravet om aktsom god tro. God tro kravet er å gjenfinne i en rekke av våre rettsområder, og det er tilnærmet uniform forståelse av hva vurderingen innebærer. Fordi dette ikke er av fremtredende betydning for avhandlingen, vises det til Falkangers litteratur for den generelle anvendelsen av god tro spørsmålet.⁶¹

Et punkt som skaper endringer i gjeldende rett ved en eventuell innføring av loven er tidspunktet hvor den gode troen må foreligge. I anvendelsen av det nåværende motstykket i mfl. § 28 annet ledd har det som klar hovedregel vært kunnskapen på tilegnelsestidspunktet som har vært avgjørende. Denne forståelsen har god støtte i forarbeidene hvor det for det første heter at det bare er den "rettstridige utnyttelse av bedriftshemmeligheter som skal rammes, og det kan regelmessig ikke anses rettsstridig av noen å utnytte kunnskaper eller muligheter som er oppnådd i god tro, selv om den rette sammenheng senere kommer opp."⁶² Videre bygger man her opp under argumentasjonen ved å vise til særlige innrettelseshensyn, og særlig dersom "gjerningsmannen ... har hatt betydelig utlegg før han fikk kjennskap til de rette forholdene."⁶³

⁶¹ Falkanger, Aage Thor: God tro. En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslig rettigheter 1998

⁶² ot.prp. nr. 57 (1971-1972)

⁶³ ot.prp. nr. 57 (1971-1972)

På samme måte som gjeldende norsk rett rammer forslaget § 3 tredje ledd personer som urettmessig mottar forretningshemmeligheter eller knowhow fra en person han visste eller burde ha visst at ikke hadde tillatelse til å dele informasjonen. I forslaget rammer imidlertid regelen også informasjonsmottakere som var i god tro på tilegnelsestidspunktet, men som senere mister sine gode tro.⁶⁴ Det vil dermed være slik at en informasjonsmottaker som kommer i ond tro pliktes til å avstå fra å benytte seg av informasjonen. Bruk og formidling som fortsettes eller påbegynnes etter at vedkommende fikk vite at informasjonen ikke skulle vært tilgjengelig for han, regnes som et selvstendig inngrep etter § 3 tredje ledd.

Når Justis- og beredskapsdepartementet nå går bort fra denne forståelsen er dette i samsvar med direktivet. Direktivets artikkel 4 nr. 4 statuerer at god tro på tilegnelsestidspunktet ikke er en unnskyldningsgrunn ved å eksplisitt gi uttrykk for at "The acquisition, use or disclosure of a trade secret shall also be considered unlawful whenever a person, at the time of the acquisition, use or disclosure, knew or ought, under the circumstances, to have known that the trade secret had been obtained directly or indirectly from another person who was using or disclosing the trade secret unlawfully"⁶⁵

Ved å innlemme denne endringen i gjeldende rett vil man bidra til bedre ivaretagelse av direktivet og lovendringens overordnede hensyn, styrkingen av bedriftshemmelighetsvernet. Ved å utvide god tro-kravets rekkevidde, vil man blant annet åpne for at bedrifter kan gjøre inngriperen oppmerksom på at informasjonen ikke skulle tilkomme han, og således hindre misbruk på en lite ressurskrevende måte. Også hensynet til indre harmoni bygger opp under endringen. Målsetning om et konformt innhold på tvers av EU- og EØS-samarbeidet vil være av stor betydning. Til tross for at innrettelseshensynet bygger på et legitimt ønske om å verne om den bedrift som på tilsynelatende ærlig vis har tilegnet seg informasjonen, vil hensynene som omtalt i det foregående være vektigere.

4.2.4 Oppsummering

Samlet sett gir § 3 et tydelig bilde på hvilken retning utviklingen går, og at lovgiver gjør faktiske grep for å etterleve målsetningen om et mer dekkende vern av denne typen informasjon. Som redegjørelsen over viser, har man i første, andre og tredje ledd styrket vernet bedriftene får, ved å utvide rammene for hvilke handlinger som utgjør et inngrep i alle bestemmelsens ledd.

Det å spalte opp de forskjellige formene for urettmessige utnyttelse er også en god måte å presisere hvor altomspennende bestemmelsen er. Eksempelvis kan denne presiseringen være av uvurderlig betydning for små og mellomstore bedrifter uten særlig intern juridisk

⁶⁴ Høringsnotat s. 125

⁶⁵ EU direktiv 2016/943 art. 4 nr. 4

kompetanse. Tydeliggjøringen av at tilegnelse er et selvstendig inngrep kan være en avgjørende endring for hvordan de vil forholde seg til vernet av sin bedriftsspesifikke informasjon. Selv om man rent juridisk ville kunne komme til det samme resultatet ved fortsatt bruk av samlebetegnelse, kan enkel tilgjengelighet være viktig for de vernet skal ivareta.

4.3. Urettmessighetsreservasjoner

Dersom vilkårene som omtalt i det foregående er oppfylt, vil den påståtte inngriperen ha oppfylt grunnvilkårene for å ha begått inngrep i andres bedriftshemmelighet eller knowhow. Hvorvidt bruken av informasjonen er rettstridig beror imidlertid på flere forhold. For det første gjøres det unntak for tidligere arbeidstakers alminnelig erfaringer og ferdigheter, og for det andre kreves det at den påståtte inngrepshandlingen er begått urettmessig. Disse skrankene og deres betydning for det rettslige vernet av bedriftshemmeligheter og knowhow skal belyses i pkt. 3.3.1 og 3.3.2 under.

4.3.1 Tidligere arbeidstakers alminnelige erfaring og ferdigheter

I forslaget § 2 andre ledd gjør loven unntak for erfaring og ferdigheter som man opparbeider seg i løpet av ansettelsesforholdet. Dette er gjennomføring av tilsvarende regel i direktivet artikkel 1. nr. 3 bokstav (b). Gjennom denne presiseringen fremhever man et sentralt hensyn i bedriftshemmelighetsvernsvurderingen, nemlig hensynet til arbeiderene og deres adgang til å bytte arbeidsplass. Fordi forskjellen på informasjon som er yrkesnødvendig kompetanse og informasjon bedrifter ønsker å verne om for sin konkurranseposisjon ofte er så overlappende, er dette en problemstilling som gjerne vil oppstå.

Ved innføring av ny lov, er nettopp denne avbalanseringen en av de viktigste man må ta hensyn til. Fordi man som arbeider skal ha anledning til å utvikle seg faglig underveis i sitt arbeid, kan ikke en bedrift ha et ubetinget vern av all informasjon ansatte tilegner seg under sitt ansettelsesforhold. Konflikten skaper spenninger på en rekke nivåer, og er adressert en rekke ganger i direktivets fortale.⁶⁶ Dette er i realiteten en vurdering av de to fremste hensynene som søkes ivaretatt, nemlig insentivhensynet og hensynet til fri arbeidsflyt.

Ut over at det finnes et unntak for arbeiderenes erfaring, gir direktivet lite veiledning om hvor grensen skal gå. Heller ikke i fortalen gis det mer konkrete retningslinjer for grensedragningen. I lovforslagets høringsnotat presiseres det at opplysninger som skal kunne oppnå vern som bedriftshemmeligheter må kunne være gjenstand for konkretisering i

⁶⁶ EU-direktiv 2016/943 fortale avsnitt 3,13,14,21 og 34

en utstrekning som muliggjør overføring mellom personer eller lagres på et eksternt medium.⁶⁷ Videre påpekes det at det ikke kreves at opplysningene er lagret på denne måten. Dersom slik konkretisering ikke er mulig, vil kunnskapen måtte regnes som en personlig erfaring og kan ikke oppnå vern som en bedriftshemmelighet.

Selv om problemstillingen ikke eksplisitt fremgår av ordlyden i dagens reguleringer, er den ikke ukjent. Unntaket er for det første omtalt i forarbeidene hvor det uttales at "de alminnelige kunnskaper og erfaringer som en arbeider eller funksjonær vinner under sitt arbeid, erfaringer av allmenn, fagmessig art, er ikke bedriftshemmeligheter."⁶⁸ Som forarbeidene her viser har man antatt at informasjon av slik alminnelig karakter ikke kan sies å være omfattet av bedriftshemmelighetsvernet overhodet. Man har følgelig ikke engang sett på det som et unntak, men bare som informasjon som ikke var en del av vernet. På bakgrunn av dette må det være mulig å anta at det siktes til den mer trivielle informasjonen. Dersom informasjonen har større potensiell verdi kan det ikke være selvsagt at det ikke inngår i bedriftshemmelighetsvernet.

Også norske domstoler har ved flere avgjørelser vurdert hvorvidt en tidligere arbeidstaker har utnyttet bedriftshemmeligheter eller kun benyttet seg av alminnelig yrkeserfaring. Fordi man ikke har hatt et lovfestet unntak slik det nye lovforslaget har, har vurderingene vært knyttet til andre bestemmelser.⁶⁹ Hvordan dette likevel kan benyttes i konkretiseringen av en grense for hvilken informasjon som kan vernes, skal belyses i det følgende.

I avgjørelsen "Roxar" vurderte man etter daværende markedsføringslov §§ 1, 7 og 8 (tilsvarer mfl. §§ 25, 28 og 29) om det forelå rettstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter og knowhow.⁷⁰ Etter at Roxar hadde investert tungt i forskning og utvikling, gikk flere sentrale arbeidere ut av selskapet og tok arbeid i en konkurrerende virksomhet. Spørsmålet var om man ved etablering av denne konkurrerende virksomhet rettstridig utnyttet Roxars informasjon både i produksjonen av et tilsvarende produkt og i deres kommersielle forhold. Retten knyttet denne tvisten særlig til mfl. § 25, og hvorvidt dette var i strid med god forretningsskikk.⁷¹

Det første store vurderingsmomentet, om dette utgjorde en illojal handling, er ikke veldig sentralt for innværende drøftelse. Illojalitet følger dersom en tidligere arbeider benytter seg av informasjon som *ikke* inngår i hans arbeidserfaring. Illojalitet er derfor ikke en del av selve vurderingen av om informasjonen inngår i erfaringen.

⁶⁷ Høringsnotat s. 121

⁶⁸ Konkurransekomiteens innstilling 1966 s. 48,

⁶⁹ E.eks. vensafe, roxar, og notflottør, avgjørelser som omtalt under

⁷⁰ LG-2003-8710

⁷¹ LG-2003-8710

I forlengelsen av denne illojalitetsvurderingen ble det imidlertid reist spørsmål om rekrutteringen fra Roxar var et forsøk på å sikre seg bedriftsspesifikk informasjon arbeidere tok med seg fra bedriften. Dette tilsvarer i stor grad spørsmålet inneværende punkt, da det i likhet med § 2 andre ledd også beror på en avveining mellom Roxars interesse i hemmelighold og tidligere arbeidstakeres interesse i å benytte seg av sin opparbeidede kunnskap. Selv om ikke vurderingen vil være lik, er hensynene bak så sammenfallende at argumentasjon som baserer på disse bør ha betydelig overføringsverdi.

I avgjørelsen ble Roxar sine investeringer i forskning og utvikling fremhevet. Selskapet hadde pådratt seg økonomiske problemer som følge av de massive investeringene, og en slik tung satsning bør tale for at bedriften har et særlig begrunnet ønsket om å holde informasjon fremskaffet på denne måten hemmelig. Dersom det foreligger klare holdepunkter og dokumentasjon for at en bedrift aktivt har jobbet for frembringelsen av informasjon, vil dette enklere antas å være informasjon som ikke inngår i en arbeides alminnelige erfaring og kompetanse.

Dette momenter er videre fulgt opp i Vensafe-dommen. Her ble det først uttalt at man ikke skal forhindre all etablering av konkurrerende virksomhet ved å verne om all informasjon. Dette er naturlig også etter ny lov om forretningshemmeligheter, da hensynet til sunn konkurranse klart nok skal ivaretas. Videre ble det uttalt at det må være adgang til å gi vern for de bedrifter som har investert stort ressurser på forskning og utvikling, dette var nødvendig for insentivet så vel som rettferdig konkurranse.⁷²

Avgjørelsene som omtalt overfor gjelder kjerneområdet av bedriftshemmeligheter. Som illustrasjonen fra rettspraksis viser, er det skjønnsbaserte vurderingsmomenter som dominerer den konkrete vurderingen. Spørsmålene som for eksempel går på hvor store investeringer som begrunner et særlig behov for hemmelighold er det ikke mulig å gi håndfaste retningslinjer for. Dersom det påståtte inngrepet er begått mot liten nisjebedrift er det uten videre klart at man ikke kan forvente de samme investeringene som et internasjonalt og velkjent selskap. Rettens vurderinger må følgelig konkretiseres i tråd med hvilke parter saken står mellom.

For ytterligere å illustrere betydning av selvstendige og konkrete vurderinger for dette spørsmålet, kan det igjen vises til den tidligere nevnte avgjørelsen Roxar. I denne avgjørelsen ble det også vurdert hvorvidt Roxars kundelister og markedstroverdighet var urettmessig utnyttet. Det er ikke tvil om at denne typen kunnskap er knowhow Roxar har grunn til å ønske å verne om. Her konkluderer imidlertid retten med at knowhowen ikke var rettslig verneverdig. Dette begrunnet retten med at kundebasen som var interessert i

⁷² LB-2013.20938 pkt. 4

teknologien var så begrenset, at kunnskapen om mulige kunder var en del av de tidligere arbeiderens generelle kunnskap som følge av erfaring.

Igjen ser man at vurderingen er svært konkret. Fordi Roxar var en aktør i et lite marked, er det nærliggende å anta at domstolen vurderte kunnskapen om kundelistene annerledes enn man ville gjort dersom Roxar var en aktør i et regulært forbrukermarked. Man ser videre at retten tilsynelatende utviser større forsiktighet med å gi vern for knowhow-kunnskap enn for bedriftshemmeligheter. Det kan ikke være tvilsomt at Roxar også ønsket å holde denne informasjonen hemmelig, men terskelen for å unnta knowhow fra de tidligere ansattes kompetanse synes å være høyere.

En annen side til denne problematikken oppstår også dersom den tidligere arbeidstakeren selv har vært med på å utvikle informasjonen. Intuitivt tenker en gjerne at kunnskap arbeidstakeren har frembrakt, må han ha anledning til å ta med seg videre i arbeidslivet. Under disse forutsetningene synes det å være en fullstendig urimelig løsning at arbeidstakeren skal være avskåret fra å kunne benytte seg av denne informasjonen i sin videre yrkeskarriere. Så enkelt er det imidlertid ikke. Vernet omfatter etter § 3 forretningshemmeligheter som arbeidstaker har "fått kunnskap om eller rådighet over" "i anledning et arbeids-, tillitsvervs- eller forretningsforhold." Ordlyden synes derfor å omfatte den kunnskapen arbeidstakeren har tilegnet seg underveis i sitt virke for bedriften, selv om han utviklet eller oppdaget denne selv. Når man også tar hensyn til arbeidsgivers interesse i betraktning, er det mer naturlig å forstå at arbeidsgivers interesser også må vernes. Arbeidsgiver har investert i vedkommende, og kunnskapen han nå har frembrakt er et resultat av arbeidsgivers ressursbruk. Incentivet til å investere i utvikling og forskning ville være markant redusert dersom arbeidstakere ville hatt en bred anledning til å bryte ut at arbeidsplassen og starte konkurrerende virksomhet så fort vedkommende oppdaget noe nytt som gav han tilstrekkelig konkurransefortrinn.

Omtalen direkte over er svært sammensatt dersom man går i dybden av den. For det første gjelder det særlige regler dersom det er snakk om patenterbare oppfinnelser.⁷³ Videre er det nødvendig å differensiere basert på forholdet mellom bedriften og den part som har bidratt til å bringe frem informasjonen. Det kan eksempelvis ikke være tvilsomt at en av bedriftens ansatte i utgangspunktet ikke får de samme rettighetene som en jevnbyrdig samarbeidspartner.⁷⁴ Det anses ikke som treffende for oppgaven å gå i dybden på denne problemstillingen, da det er hensynene og illustrasjonen av vurderingens konkrete karakter som omtalt over som er sentralt i denne sammenhengen.

Oppsummert ser man at det må at det er vanskelig å gi klare retningslinjer for hvilken informasjon som kan vernes, og hvilken informasjon som må inngå i arbeidstakerens

⁷³ Lov om retten til oppfinnelser som er gjort av arbeidstakere av 17. april 1970 nr. 21.

⁷⁴ Kompleksiteten i problematikken omtales utførlig i Irgens-Jensen/2010 s. 310 flg.

personlige erfaring. Som redegjørelsen forsøker å vise ved rettspraksis og eksempler, må sakene avgjøres basert på en selvstendig og konkret vurdering av den enkelte sak.

I sin artikkel tar Irgens-Jensen til ordet for at det kan være hensiktsmessig å ta et skritt tilbake, og fokusere mindre på skillet mellom "erfaring og kunnskap" og "forretningshemmeligheter."⁷⁵ Han påpeker at selv om noe av den informasjonen en tidligere ansatt utnytter i sitt nåværende arbeid for en konkurrent i og for seg tilfredsstillende vilkårene for vern som den tidligere arbeidsgivers forretningshemmelighet, må det bero på en bredere interesseavveining om sistnevntes rettigheter er krenket.⁷⁶ En slik vurdering kan supplere eller for den enkelte sak erstatte den svært skjønnsomme og konkrete vurderingen som er skissert over. Den vurderingen han viser til er urettmessighetsvurderingen som er inntatt i lovforslagets § 3. Urettmessighetsvurderingen er gjennomgående for alle aspektene av bedriftshemmelighetsvernet, og som det skal vises i det følgende, har man i rettsstridsvurderingen klarere retningslinjer og vurderingsmomenter. Dette innebærer ikke at den omtalte vurderingen blir innholdsløs, men at den ved uoversiktlige tvilsituasjoner kan erstattes av den bredere og mer håndfaste vurderingen som skal behandles i det følgende.

4.3.2 Urettmessighetsvurderingen

Den mest gjennomgående begrensningen i bedriftenes vern av kunnskap er urettmessighetsvurderingen. Alle former for inngrep i bedriftshemmeligheter og knowhow forutsetter at det bygger på urettmessighet. Det ligger i vernets natur at all rettmessig bruk holdes utenfor. Rettmessig bruk er benyttelse rettighetshaveren har samtykket til, bruk i deres interesse og lignende situasjoner som ikke inngår i vernet loven oppstiller.

Ordlyden gir i seg selv liten veiledning for hva som nærmere er en urettmessig handling. Vurderingen den viser til er imidlertid en rettslig standard. En rettslig standard innebærer at rettsanvenderen skal foreta en konkret og skjønnsom vurdering av det inneværende tilfellet, hvor det tas utgangspunkt i en gitt balanse mellom legitime motstående hensyn. Samtidig skal man ha en dynamisk tilnærming til vilkåret og således sørge for at vurderingsmomentene innholdsmessig er i takt med samfunnsutviklingen. I realiteten vil ikke vurderingen bare være basert på en avveining av partenes interesse, men også hensyn som lovgiverens intensjon og samfunnets grunnleggende verdier kan spille inn på vurderingen.⁷⁷ ⁷⁸ Det er også viktig å poengtere at selv om dommeren i stor grad vil måtte ta skjønnsmessige avgjørelser ved slike spørsmål, kan han ikke fritt dømme etter sine

⁷⁵ Irgens-Jensen: ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter s. 526

⁷⁶ Irgens-Jensen: ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter s. 526

⁷⁷ Irgens-Jensen/2010 s. 249

⁷⁸ ot. prp. nr. 57 (1971-1972) s. 25-26

personlige preferanser og verdier.⁷⁹ Forutberegnelighetshensyn tilsier at alle relevante hensyn må ivaretas og vektlegges i samsvar med hvor beskyttelsesverdige de er.

I norsk rett har man fra tidligere operert med en rettstridsreservasjon. Innholdsmessig tilsvarer denne vurderingen urettmessighetsvurderingen etter ny lov om forretningshemmeligheter. Dette legger Irgens-Jensen til grunn i sin omtale av den nye loven, hvor han påpeker at Justis- og beredskapsdepartementet har vurdert det som en akseptabel videreføring i henhold til direktivet.⁸⁰

Den skjønsmessige vurderingen har vært oppe for retten en rekke ganger, og over tid er det i rettspraksis og juridisk teori blitt utpenslet flere sentrale momenter som blir tatt hensyn til rettstridsreservasjonen.

Det ledende prejudikatet i norsk rett er Cirrus-dommen.⁸¹ I denne avgjørelsen hadde ingeniørfirmaet Cirrus og båtbyggerfirmaet Brødrene Aa inngått en avtale om å utvikle og produsere en luftputekatamaran. Cirrus skulle være ansvarlig for konstruksjonen av båtene, mens Brødrene Aa skulle gjennomføre produksjonen. Etter at 15 båter var konstruert, ble samarbeidet avvirket. Etter avvirklingen gikk Brødrene Aa inn i et nytt samarbeid med et annet firma, og benyttet seg her av tegningene Cirrus hadde utviklet. Det overordnet spørsmålet var om denne benyttelsen var rettstridig.

I den avgjørelsen, som ble avsagt i dissens, uttalte førstevoterende i flertall at den konkrete rettstridsvurderingen måtte ta utgangspunkt i om den som utnytter informasjonen har opptrådt "subjektivt klanderverdig," men at det måtte foretas en rimelighetsvurdering av alle omstendighetene i saken.⁸² I rimelighetsvurdering som fulgte ble en rekke momenter adressert. Disse momentene er også omtalt utførlig i teori, og vil bli behandlet underveis under.

Også direktivet stiller krav om at domstolene må foreta en proporsjonalitetsvurdering før de fastsetter noen sanksjon for krenkelse av bedriftshemmelighetsvernet.⁸³ Selv om direktivets vinkling av problemstillingen er noe annerledes, vil skranken innholdsmessig være lik. I direktivets fortale⁸⁴ er det fremhevet en rekke momenter som domstolene skal ta hensyn til ved proporsjonalitetsvurderingen. Behandlingen under vil vise at disse hensynene i betydelig grad samsvarer med vurderingsmomentene som har vært instrumentale i norsk rett.

⁷⁹ Lunde/2010 s. 144

⁸⁰ Irgens-Jensen: ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter s. 527

⁸¹ Rt-1997-199

⁸² Rt-1997-199 s.223

⁸³ EU-direktiv 2016/943 art. 7 nr. 1 (a)

⁸⁴ EU-direktiv 2016/943 fortale punkt 21

4.3.2.1 Subjektiv klanderverdighet

Den første faktoren som markant påvirker vurderingen av om det påståtte inngrepet i forretningshemmeligheten er urettmessig, er om det kan påvises subjektiv klander på den påståtte inngriperens hånd. Dersom det foreligger klare holdepunkter for å konstatere at vedkommende hadde en forståelse av at informasjonen han tilegnet, brukte eller formidlet videre var i strid med rettighetshaverens interesse, vil dette naturligvis være et moment som taler for at det påståtte inngrepet var urettmessig. Også i direktivet har det blitt fremholdt at handlingens karakter er av betydning for proporsjonalitetsvurderingen, i fortalen heter det at " the seriousness of the conduct resulting in the unlawful acquisition, use or disclosure"⁸⁵ er en faktor man må ta i betraktning.

I realiteten vil det være tallrike tilfeller hvor den påståtte krenkeren av bedriftshemmelighetshaverens interesser ikke bør klandres for sin adferd. Som det er blitt adressert i punkt 3.2.2 over kan en tidligere arbeider for eksempel ha tilegnet seg bedriftsspesifikk knowhow underveis i sitt ansettelsesforhold, og sett på dette som sin yrkesalmennelige erfaring. Et slikt tilfelle fører ikke til at informasjonsbruken er rettmessig, men man kan antageligvis ikke klandre den tidligere ansatte for å bruke deres hemmelige informasjon bevisst.

I situasjoner som beskrevet over står man ofte overfor et tilfelle med skjevt erfaringsgrunnlag og hensynet til arbeiderenes trygghet bør være tungtveiende. Grunnen til at slik uvisshet hos arbeideren normalt kan bidra forhindre subjektiv klander ikke er ubalansert, er fordi arbeidsgiver kan avbøte problematikken ved enkel tydeliggjøring. For å unngå slike situasjoner som illustrert over, kan bedrifter presisere betydningen av at informasjon holdes hemmelig ved avsluttet samarbeids-, ansettelses- eller oppdragsforhold. I Cirrus-avgjørelsen ble tegningene Cirrus hadde delt med Brødrene Aa underveis i samarbeidsforhold stemplet som deres eksklusive eiendom og dette ble ytterligere påpekt ved samarbeidsforholdet opphør.⁸⁶ Da bruken likevel ikke opphørte, var det holdepunkter for å si at Brødrene Aa hadde handlet klanderverdig.

4.3.2.2 Skadeevnen

Et annet moment som er av særlig betydning ved interesseavveiningen er hvilken skadeevne handlingen har. Det er naturlig, dersom den angivelige utnyttelsen ikke har særlig betydning for eierens næringsvirksomhet, vil den heller ikke være særlig verneverdig. Dersom det derimot er til betydelig økonomisk eller konkurransemessig ulempe for eieren, vil rettstridig utnyttelse langt raskere konstateres. Som Irgens-Jensen fremhever er en av de viktigste

⁸⁵ EU-direktiv 2016/943 punkt 21

⁸⁶ Rt-1997-199 s.222

grunnene til betydning av dette momentet gjennomføringen av insentivhensynet.⁸⁷ Dersom man ikke gjennom et effektivt vern har anledning til å forhindre tidligere ansatte og samarbeidspartnere å påføre dem tap gjennom utnyttelse av deres arbeid og resultater, ville man klart svekket deres insentiv til slik investering.

I den tidligere omtalte Cirrus-avgjørelsen peker også høyesterett klart på dette momentet, da det blir vist at dersom Brødrene Aa får ta i bruk tegningene fra det tidligere samarbeidet, ville Cirrus lide, eller risikere å lide, et betydelig økonomisk tap. En viktig nyanse som må fremheves i forlengelsen av dette, er at det er den *potensielle* negative innvirkningen som er avgjørende. I en avgjørelse fra varemerkerettens område, Mozell-dommen⁸⁸ vises dette godt. Her var det spørsmål om Ringnes hadde skadet varemerket til vinprodusentene i Moseldistriktet ved å lage en brus som hadde navnet Mozell.⁸⁹ I sin argumentasjon vurderte ikke retten hvorvidt vinprodusentene faktisk hadde tatt skade av Ringnes sin etablering, men derimot om den hadde potensiale til å svekke varemerket. Selv om denne avgjørelsen ikke er på markedsføringslovens område direkte, må det antas å ha betydelig relevans og være godt egnet til å bygge opp under uttalelsen i Cirrus-dommen.⁹⁰

Som det nå er vist, har skadeevnen til en angivelig inngripen i bedriftshemmeligheter eller knowhow ofte en helt fremtredende betydning. Det er imidlertid viktig å presisere at dette ikke er et absolutt krav. Dersom informasjonen en tidligere ansatt eller en tidligere samarbeidspartner klart er å regne som en bedriftshemmelighet, kan ikke en manglende økonomisk ulempe gjøre at en tidligere arbeidstaker ubetinget og bevisst kan benytte seg av denne. Urettmessighetsvurderingen kan således ikke sies å ha et absolutt krav til stort skadepotensiale.

Den vesentlige betydningen til tross, kan det ikke på generelt grunnlag utledes nærmere retningslinjer for hvilket faktisk skadepotensiale som er nødvendig for å konstatere at benyttelsen er urettmessig. Grunnen til at en slik tallfesting ikke er mulig, er naturligvis fordi ulikt skadepotensiale vil kunne være tilstrekkelig for forskjellige bedrifter. Som punktet under skal vise, er det nødvendig å foreta en mer konkret og spisset vurderingen av informasjonens art og verdi for nærmere retningslinjer.

⁸⁷ Irgens-Jensen/2010 s.259

⁸⁸ rt-1995-1908

⁸⁹ rt-1995-1908 s.1918

⁹⁰ Eu-direktiv 2016/943 fortale punkt 14 i denne sammenheng. Her presiseres det at vernet tar utgangspunkt i informasjonens potensielle verdi.

4.3.2.3. Informasjonens art og verdi

I nær sammenheng med informasjonens skadeevne er også informasjonens art og verdi et viktig moment. Hva som ligger i verdi er ikke selvforklarende. Sett i sammenheng med vurderingen for øvrig kan det ikke være tvilsomt at verdien knytter seg til omfanget av skadeevnen.

I praksis ser man at momentet har vært betydelig fremhevet i avgjørelsesgrunnlaget. I Cirrus-avgjørelsen var den aller mest sentrale begrunnelse for at brødrene Aa sin benyttelse var rettstridig at "teknologien var av stor betydning."⁹¹ Dette viser at dersom man kan tallfeste en betydelig ulempe for bedriftshemmelighetshaveren, vil dette klart tilsi at bruk han ikke har samtykket til vil være urettmessig.

Det er imidlertid viktig å presisere at det ikke er noe krav om informasjonen skal være av spesielt stor verdi. Informasjon som i seg selv ikke har særlig verdi, men som er av håndfast og konkret art, kan også oppnå vern.⁹² Avgjørende i denne sammenheng må være at verdien overstiger det bagatellmessige. Dersom informasjonen hverken har nevneverdig verdi eller er spesielt konkret, vil anvendelsen av den sjelden være urettmessig.⁹³

4.3.2.4. Samfunnsinteressen

Også samfunnsinteressen kan få betydning for den konkrete vurderingen. I motsetning til momentene som omtalt i det foregående er samfunnsinteressen ikke vært særlig fremhevet i norsk praksis. At det likevel er et legitimt hensyn å ta i vurderingen, kan ikke være tvilsomt i lys av direktivets fortale.⁹⁴ Her uttales det at gjennom å akseptere vern av forretningshemmeligheter ikke skal "jeopardise or undermine (...) fundamental rights and freedoms or the public interest." Videre presiseres det på hvilken måte samfunnsinteressen kan ha betydning for vurderingen. Der hvor "public safety, consumer protection, public health and environmental protection" kan påvirkes av et bestemt resultat, vil dommeren være nødt til å vektlegge dette overordnede samfunnshensynet i vurderingen. Dette er slett ikke en utenkelig situasjon, eksempelvis kan man ha et selskap som har investert i forskning på hvordan man kan gjøre en bestemt produksjon mer miljøvennlige. I påvente av et økonomisk sett strategisk tidspunkt å gå inn i markedet på, holdes denne informasjonen hemmelig. En ansatt får så kunnskap om at informasjon som holdes tilbake kan gagne befolkningen og miljøet, og lekker informasjonen. I slike tilfeller er det fortsatt ikke fritt frem

⁹¹ Rt-1997-199 s.223

⁹² Irgens-Jensen/2010 s.265 m/ videre henvisning til engelsk avgjørelse: (1997) R.P.C. 289

⁹³ Irgens-Jensen/2010 s. 265

⁹⁴ EU-direktiv 2016/943 fortale punkt 21

for bedriftens ansatte til å lekke denne informasjonen, men det er likevel et moment som trekker i denne retning av at den er rettmessig.

4.3.2.5 Oppsummering

Som redegjørelsen i det foregående viser, er det et bredt spekter av hensyn og momenter som aktualiseres ved urettmessighetsvurderingen. Hensynene som beskrevet er en illustrasjon av momenter som tradisjonelt er tillagt stor vekt ved avgjørelsen, og er ikke ment som en uttømmende opplisting. Det er viktig å fremheve at den enkelte saks konkrete omstendigheter kan føre til at andre forhold må få større betydning. Fordi urettmessighetsvilkåret er en rettslig standard vil momentene som er av størst betydning også kunne endres over tid. Med dette påpekt synes det likevel klart at man ved innlemmingen av EU-direktivet i stor grad har anledning til å ta utgangspunkt i de samme momentene man tradisjonelt sett har vektet tungt i norsk rett. Rettmessighetskranken i bedriftshemmelighetsvernet synes således å kunne videreføres uten markante endringer.

5. Avsluttende innvendinger og bemerkninger til innlemmingen av EU-direktiv 2016/943

Slik jeg ser det er det jevnt over liten grunn til å klandre eller reise spørsmål ved hvordan justis- og beredskapsdepartementet har foreslått å innlemme direktivet. Ved å benytte seg av formuleringer som nærmest er sammenfallende med direktivets sikrer man seg på mange måter mot avvikende forståelse av vernets innhold og rekkevidde. Som redegjørelsen over viser, innebærer innlemmingen dermed at man på de aller fleste punkter viderefører eller styrker vernet av bedriftshemmeligheter og knowhow. Dette er i tråd med direktivets overordnede formål. For vernet av knowhow er det imidlertid en del av lovforslaget som likevel kan skape diskusjon. Ved lovforslaget har man ikke valgt å videreføre markedsføringsloven § 29, og i det følgende skal det illustreres hvordan dette kan føre til en tilsynelatende utilsiktet innsnevring av vernets rekkevidde.

I mfl. § 29 har man hatt et vern mot rettstridig utnyttelse av tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller lignende tekniske hjelpemidler som er betrodd i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller annet forretningsforhold. Bestemmelsen har fungert som et supplement til mfl. § 28. Her har man åpnet for å verne om tekniske løsninger som ikke kan karakteriseres som bedriftshemmeligheter, men som likevel har et velbegrunnet behov for vern.

Bestemmelsen har klare likhetstrekk med mfl. § 28, og det er antageligvis ikke grunn til å forstå vilkårene om "rettsstridig utnyttelse" "i næringsvirksomhet" som springer ut av "tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold" eller "noens rettsstridige handling" noe annerledes.⁹⁵

Et vilkår som er særegent for § 29 er kravet til at informasjonen er "betrodd" mottakeren. Rent språklig tilsier vilkåret at den underliggende forutsetningen for mottakerens innsikt i kunnskapen, må være konfidensialitet. I konkurransekomiteens utredning ble det uttalt at informasjonen må være overlatt "under den uttrykkelige eller stilletidende forutsetning at den bare skal anvendes i dens interesse som har overlatt den, eller overensstemmende med det som er avtalt eller forutsatt mellom ham og mottakeren."⁹⁶ I tillegg til dette betroelses-kriteriet er det også viktig å fremheve at det for § 29 er operert med et fiksjonskrav. Fiksjonskravet innebærer at dersom den tekniske tegningen o.l. skal nyte vern, vil det ikke være tilstrekkelig med muntlighet. Kun den informasjonen som er nedtegnet skriftlig, enten fysisk eller digitalt, kan nyte vern etter bestemmelsen.⁹⁷

På bakgrunn av det som nettopp er sagt, virker det klart at bestemmelsen setter forbud mot adferd som klart nok bør være forbudt, nemlig at en bedrifts ansatte, leverandører eller andre samarbeidspartnere som har fått tilgang til tekniske tegninger o.l. urettmessig bruker dem til egen vinning.

Ved forslaget til ny lov om forretningshemmeligheter er § 29 likevel ikke foreslått videreført. Opphevelsen begrunnes ved at vernet man oppnår ved bestemmelsen, uansett følger av det vidtspennende forretningshemmelighetsvernet etter § 2. Denne begrunnelsen er i og for seg forståelig, da man i direktivets fortale punkt 14 eksplisitt uttaler at forretningshemmelighets-definisjonen skal omfatte "knowhow, forretningsopplysninger og tekniske opplysninger."

I sin artikkel "ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter" påpeker Harald Irgens-Jensen imidlertid at denne opphevelsen ikke er nødvendig.⁹⁸ I direktivets fortale åpnes det nemlig for at man kan ha særbestemmelser som supplerer dette vernet. I avsnitt 17 heter det at "this directive does not aim to reform or harmonise the law on unfair competition in general," hvilket innebærer at direktivet ikke krever reform av alle konkurranseregulerende regler.

I tillegg til å være unødvendig, gir Irgens-Jensen uttrykk for at resultatet av opphevelsen kan være uheldig. For å poengtere den potensielt uheldige konsekvensen, vises det til et konkret eksempel:

⁹⁵ I Irgens-jensen/2010 s. 79 flg.

⁹⁶ Konkurransekomiteens innstilling fra 1966 s. 57

⁹⁷ Irgens-Jensen/2010 s. 80

⁹⁸ Irgens-Jensen "ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter" s. 520-521

I forbindelse med et ansettelsesforhold betror en part den ansatte med tegninger til en bestemt teknisk anretning. Mottakeren misbruker således denne informasjonen, og konstruerer et konkurrerende produkt basert på disse tegningene. Tegningene er ikke utpreget avanserte, og eieren hadde ikke gjort nevneverdig for å holde disse hemmelig. Ved å benytte seg av disse tegningene hadde den tidligere ansatte likevel anledning til å komme raskere på markedet, og kaprer en del av informasjonseierens potensielle kundegruppe.

Utfallet av dette tilfelle vil enten være at eieren av disse tegningene ikke kan oppnå vern, som følge av at han ikke oppfyller § 2 sine vilkår for å beskytte en hemmelighet. Bedriften har for det første ikke foretatt de nødvendige beskyttelsestiltakene, og informasjonen må i de fleste tilfeller være å regne som lett tilgjengelig. Utfallet av dette vil i så tilfelle være at informasjonseieren ikke oppnår vernet han ville hatt etter dagens markedsføringslov, da dette sannsynligvis ville vært omfattet i henhold til dagens reguleringer, jf. eks. rt. 1959 s. 712.⁹⁹ Det sier seg selv at en slik løsning ikke er uproblematisk, da det primære formålet med innlemmingen er å forbedre vernet av forretningshemmeligheter og knowhow. En slik utelatelse vil dermed virke mot sin hensikt, da fortalens punkt 14 eksplisitt sier at man skal skape en ensartet definisjon av bedriftshemmelighetsvernet *uten å begrense gjenstanden som skal beskyttes mot urettmessig tilegnelse og bruk*.

Den alternative løsningen i dette tilfellet vil være å tilpasse § 2 til også å omfatte denne typen misbruk. Dette vil kreve at man legger innholdet i flere av vilkårene i strekk, og dette kan prinsipielt sett føre til en utilsiktet styrking av forretningshemmelighetsvernet. En slik oppmykning av kravene for å oppnå vern kan være uheldig, og går særlig på bekostning av hensynet til den frie flyten i arbeidsmarkedet.

For å videre underbygge problematikken som kan oppstå ved å fjerne § 29, kan man vise til Sunnmøre tingretts avgjørelse 14-03818TVI-SUMO. I denne saken var det tvist mellom to leverandørbedrifter i offshore-sektoren. Leverandørene konkurrerte om en bestemt klient. Denne klienten handlet underveis i strid med konfidensialitetsavtale, og gav den ene parten tilgang til konkurrentens tegninger av utstyr. Denne tilgjengeliggjøringen førte til konstruksjonen av et konkurrerende produkt.

Retten uttalte for det første at den saksøkte leverandøren "systematisk" hadde "etterlignet produktet, ofte ned til minste detalj." Videre hadde de også benyttet seg av annet materiale som den saksøkte hadde tatt med seg fra et tidligere ansettelsesforhold. Hvorvidt det kunne være snakk om bedriftshemmeligheter, var likevel tvilsomt. En del av komponentene som

⁹⁹ I denne avgjørelsen hadde et svensk firma og en norsk forretningsmann forhandlet om produksjon- og salgsrett til en patentert holder til et reklameskilt. Da forhandlingene strandet, startet forretningsmannen likevel å produsere kopier av produktet på bakgrunn av tegninger han hadde fått tilgang til. Det svenske firmaet fikk tilkjent erstatning.

var brukt i fremstillingen fantes allerede i skip, og ble omtalt som "ikke spesielt avanserte." Som et resultat av dette, var det vern etter § 29 samt generalklausulen som ble påberopt.

Etter § 29 kunne det påvises rettstridig bruk av de tekniske tegningene. Som følge av konkurrentens innsyn i disse, var de kapable til å levere utstyr til klienten innenfor en tidsramme de ellers ikke hadde hatt anledning til å overholde. Dette førte igjen til man oppnådde en betydelig økonomisk gevinst og påførte konkurrenten et tilsvarende betydelig tap. Dersom informasjonen hadde vært vurdert som en bedriftshemmelighet, fremstår det usannsynlig at man ville vunnet frem.¹⁰⁰ Konkurrenten som utnyttet deres tekniske tegninger ville dermed kommet unna med den økonomiske gevinsten.

Igjen ser man at bestemmelsen fanger opp et bestemt særtilfelle hvor inngriperen oppnår en tydelig fordel som følge av sin urettmessige bruk av andre innsats. Fordi informasjonen isolert sett fremstår som for banal eller lett tilgjengelig, avskjæres muligheten for å karakterisere det som en bedriftshemmelighet. Når vern ikke oppnås, tas det ikke her tilstrekkelig hensyn til de økonomiske konsekvensene informasjon av denne karakter kan ha.

En annen side til problematikken kan også utledes av kravet til fiksjon som har inngått i § 29 andre ledd. I motsetning til bedriftshemmelighetsvernet for øvrig, er det for tekniske hjelpemidler ikke tilstrekkelig med muntlighet. Det kreves at tegningene o.l. er nedfelt skriftlig, enten fysisk eller digitalt, for at man skal oppnå vern. Dersom man fjerner bestemmelsen og plasserer det tilsvarende vernet under samlebestemmelsen § 2 er, kan det føre til at også muntlig formidlede tekniske opplysninger vil kunne nyte vern. Ser man dette opp mot det frie arbeidsmarkedet man tilstreber å ha, kan det gjøre det vanskeligere for arbeidere som skifter arbeidsplass eller starter for seg selv å vite hvorvidt teknisk informasjon de tar med seg fra tidligere arbeidstaker er vernet eller ikke, særlig dersom informasjonen ikke er utpreget avansert. Ved å beholde § 29 ville man begrenset denne usikkerheten, da rammene for hvilken teknisk informasjon som er vernet er tydeligere.

Når det nå er illustrert med flere eksempler, kan det tilsynelatende fremstå som et stort problem at bestemmelsen ikke videreført. Til dette må det presiseres at tilfellene over tilhører sjeldenheten. Den store majoriteten av informasjon som utledes av tekniske hjelpemidler, vil uten videre klart inngå i bedriftshemmelighetsvernet slik det er oppstilt i lovforslaget. Redegjørelsen over viser imidlertid at § 2 ikke alltid konsumerer innholdet i § 29. Når det da i direktivets fortale åpnes for å ha særegne reguleringer, ville dette gitt vernet av teknisk knowhow en styrket forankring og rekkevidde.

¹⁰⁰ Irgens-Jensen, "ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter," s. 522. Her påpekes det at man i søksmålet ikke påberopte seg vern etter § 28, og at det uansett var tvilsomt om informasjonen kunne oppnådd slikt vern.

6 Litteraturliste

Bøker:

Irgens-Jensen, Harald: Bedriftens hemmelighet – og rettighet? , Immaterialrett, kontaktsrett og konkurranserett møtes, Universitetsforlaget, Oslo 2010

Lunde, Tore: God forretningsskikk næringsdrivende imellom, Fagbokforlaget, Bergen 2001

Lunde, Tore, Ingvild Mestad og Terje Michaelsen: Markedsføringsloven med kommentarer, Gyldendal Akademisk, Oslo og Bergen 2010

Skeie, Jon: "Retsbeskyttelse for drifts- og forretningshemmeligheter" i Afhandlinger om forskjellige rettsprøgsmaal, Kristiania 1913

Falkanger, Aage Thor: En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter, Oslo 1999

Artikler:

Irgens-Jensen, Harald: Ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter, Nordiskt immateriellt rättsskydd, ISSN 0027-6723. 4, s 516- 538, Oslo 2018

Irgens-Jensen, Harald: Forretningshemmeligheter, Nordiskt immateriellt rättsskydd. ISSN 0027-6723. s 568- 582, Oslo 2006

Plesner, Mogens: Know-how of erhvervshemmeligheder", referat til det 12. nordiska mötet för industriellt rättsskydd, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 1965 s. 6-41.

Direktiv:

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

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakech, 15 april 1994.

Forarbeider:

Innstilling fra konkurransekomiteen, Otta 1966

Ot.prp. nr. 57 (1971-1972)

Ot.prp. nr. 55 (2007-2007)

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009)

SOU: 1983:52 om Företagshemligheter s. 375

Ikke kategoriserte kilder:

<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/nov/forretningshemmelighetsdirektivet/id2434637/>
(posisjonsnotat ved innlemming av EU-direktiv 2016/943)

<https://www.regjeringen.no/contentassets/d1da66bb9e414ee28b41a95e993d1f90/horingsnotat-I955806.pdf> (Høringsnotat om justis- og beredskapsdepartementets lovforslag)

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/det-indre-marked/id106351/> (Det indre marked)