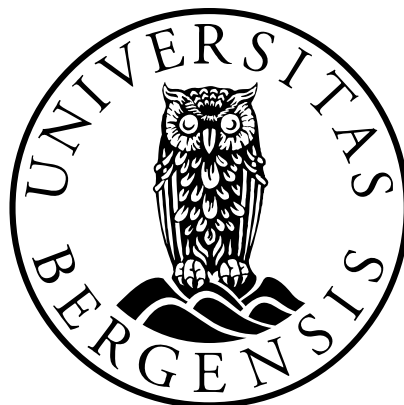


Adgangen til å supplere  
forretningshemmelighetsloven med  
generalklausulen i markedsføringsloven  
§ 25

Kandidatnummer: 164

Antall ord: 14 247



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.21

# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>1</b>
<b>1 Introduksjon til analysen .....</b>	<b>2</b>
1.1 Tema og problemstilling .....	2
1.2 Presiseringer og avgrensninger .....	4
1.3 Rettskilder og metode .....	5
1.3.1 Nasjonale rettskilder .....	5
1.3.2 Internasjonale rettskilder .....	5
1.4 Videre fremstilling .....	7
<b>2 Forretningshemmeligheter .....</b>	<b>8</b>
2.1 Rettslig plassering .....	8
2.2 Hva er forretningshemmeligheter? .....	10
<b>3 Markedsføringsloven § 25 .....</b>	<b>15</b>
3.1 Vern etter generalklausulen .....	15
3.1.1 Innledning .....	15
3.1.2 Hva ligger i «god forretningsskikk»? .....	16
3.1.3 Standardens nærmere innhold .....	17
3.2 Supplerende vern etter markedsføringsloven § 25 .....	18
3.2.1 Hvordan har forarbeidene og rettspraksis tilnærmet seg suppleringsspørsmålet? .....	19
3.2.2 Oppsummering og gjennomgående elementer .....	25
3.3 Kan prinsippet i Iskremdommen gjelde fullt ut også for forretningshemmeligheter? .....	27
<b>4 Setter EU-retten skranker for suppleringsadgangen? .....</b>	<b>30</b>
4.1 Innledning .....	30
4.2 Direktivets rammer - «gulv» og «tak» .....	31
4.2.1 Er Artikkel 2 underlagt minimum- eller totalharmonisering? .....	32
4.3 Ikke til «hensigt å reformere eller harmonisere» .....	34
4.4 Hvor langt rekker harmoniseringsformålet? .....	35
4.5 Eksempler med behov for supplerende vern opp imot normen i Iskremdommen og «ringvirkningene» 38	
4.5.1 To konkurrerende næringsdrivende .....	38
4.5.2 “Catch all”-klausul og ny konkurrerende virksomhet .....	40
4.5.3 Næringsdrivende i prekontraktuell fase .....	42
4.5.4 “Reverse engineering” og oppstart av konkurrerende virksomhet .....	42
<b>5 Avsluttende bemerkninger .....</b>	<b>46</b>
<b>Litteraturliste .....</b>	<b>49</b>

# 1 Introduksjon til analysen

## 1.1 Tema og problemstilling

Teamet jeg skal behandle i denne oppgaven er i hvilken grad den nye forretningshemmelighetsloven<sup>1</sup> og direktiv EU 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)<sup>2</sup> påvirker anvendelsen av markedsføringsloven<sup>3</sup> § 25 som supplerende rettsgrunnlag.

To hovedspørsmål skal besvares. For det første, hvilke eventuelle begrensninger må antas å ligge i norsk rett? For det andre, motvirker man harmoniseringsformålet i direktivet dersom man yter vern for opplysninger som ligger utenfor terskelen satt av direktivet?

Det foreligger nær sammenheng mellom forretningshemmelighetsvernet og kravet til god forretningsskikk næringsdrivende imellom. Kravet til god forretningsskikk er eksempelvis inkludert i inngrepsbestemmelsen i forretningshemmelighetsloven § 3 1.ledd bokstav b, men kan også brukes til å gi supplerende beskyttelse hvor opplysninger ikke oppfyller de materielle vilkår som «forretningshemmelighet». Jeg vil konsentrere meg om det sistnevnte.

Frem til forretningshemmelighetsloven trådte i kraft 1. januar 2021, var forretningshemmelighetsvernet fragmentarisk regulert i en rekke ulike bestemmelser.<sup>4</sup> Etter den tidligere rettsstilstand, har generalklausulen blitt anvendt som nærmest et obligatorisk subsidiært grunnlag for domstolene i saker om brudd på forretningshemmelighetsvernet. Forretningshemmeligheter som rettsområde er nå EU-harmonisert ved gjennomføringen av EU 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet). Dette reiser andre type spørsmål enn tidligere.

Direktivet ble opprettet som ledd i EUs «Europa 2020-strategi»<sup>5</sup>, rettet mot å styrke Europas posisjon innen forskning og innovasjon, og øke konkurransedyktigheten overfor stormaktene

---

<sup>1</sup> Lov 27. mars 2020 nr. 15 om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven)

<sup>2</sup> EU-direktiv 2016/ 943 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig ervervelse, bruk og formidling.

<sup>3</sup> Lov 9. januar 2009 nr. 2 om markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) – Heretter mfl.

<sup>4</sup> Markedsføringsloven §§ 28, 29, 48 og 48 b, straffeloven §§ 207 og 208, tvisteloven §§ 14-4, 22-10, 22-12, 34-8, straffeprosessloven § 124, patentloven § 65

<sup>5</sup> COM (2010) COMMUNICATION FROM THE COMMISSION EUROPE 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth

USA og Japan<sup>6</sup>. En studie<sup>7</sup> utført av EU-kommisjonen avdekket betydelige variasjoner av den juridiske beskyttelse av forretningshemmeligheter medlemsstatene imellom.<sup>8</sup> Innføring av en legaldefinisjon for forretningshemmeligheter ble derfor ansett som fremste virkemiddel for å styrke forretningshemmelighetsvernet generelt, og veksten av grenseoverskridende samarbeid innad Unionen. I fortalen punkt 14 presiseres hovedformålet som vedtakelse av en «ensartet definition»<sup>9</sup>. Direktivopprettelsen må ses i sammenheng med at TRIPS-avtalen av 1994<sup>10</sup> ikke var tilstrekkelig for å sikre et ensartet vern som først antatt.<sup>11</sup> Legaldefinisjonen baserer seg likevel på TRIPS-avtalens ordlyd, som igjen stammer fra USAs lov om forretningshemmeligheter.<sup>12</sup>

En forretningshemmelighet foreligger, dersom informasjonen er «hemmelige», innehar «handelsverdi» og er blitt «underkastet rimelige foranstaltninger» for å opprettholde hemmelighold jf. EU 2016/943 art. 2 nr.1. Legaldefinisjonen er gjennomført i forretningshemmelighetsloven § 2 og utgjør i hovedsak samme avgrensning av begrepet som fra tidligere rettstilstand.<sup>13</sup> Departementet hevder imidlertid at terskelen i kravet til beskyttelsestiltak utgjør en «forsiktig skjerping».<sup>14</sup> I forhold til oppgavens tema, vil en skjerping av terskelen for hva som utgjør en forretningshemmelighet, aktualisere et ytterligere behov for supplerende vern, da flere opplysninger enn tidligere, trolig vil stå uten beskyttelse.

Slike utfordringer forelå ikke tidligere, da området først nå er blitt et internasjonalt anliggende i takt med globaliseringen og «Europa 2020». Dette beror blant annet på i hvilken utstrekning direktivet anses totalharmonisert og derav stenger for supplerer. Direktivet gir imidlertid ingen entydig svar på spørsmålet, ettersom det ulike aspekter og nyanser kan spille inn. Det er derfor aktuelt å spørre om supplerer med § 25 utvanner harmoniseringsfunksjonen direktivet og terskelen i art. 2 er ment å sikre, ved slik supplerer etter mfl. § 25.

---

<sup>6</sup> COM (2013) 813 s. 2

<sup>7</sup> MARKT/2011/128/D Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market s.4

<sup>8</sup> Eksempelvis var Sverige eneste land med egen lov om forretningshemmeligheter, mens vernet var utledet av rettspraksis hos brorparten

<sup>9</sup> EU 2016/946 Fortalen punkt 14

<sup>10</sup> Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights (TRIPS)

<sup>11</sup> Fortalen punkt 6

<sup>12</sup> The Uniform Trade Secrets Act (UTSA)

<sup>13</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 24

<sup>14</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 26

Problematikken omkring fastleggelsen av handlingsrommet til nasjonalstatene er imidlertid velkjent innad EU og immaterialretten hvor harmoniseringen har kommet lengre.<sup>15</sup> Eksempelvis innenfor opphavsretten gikk «Retriever-saken»<sup>16</sup> for domstolene, hvor tingretten viste til at faktaopplysninger ikke hadde opphavsrettslig vern, men likevel kom frem til at den totale bruken var i strid med god forretningsskikk etter mfl. § 25. Her kan det diskuteres om det var grunnlag for supplerende vern, hvert fall etter en nærmere tolkning av opphavsrettsdirektivet<sup>17</sup>.

Oppgaven tar følgelig sikte på en nærmere analyse av om og eventuelt hvilke begrensninger som foreligger etter norsk rett og direktivet, ved spørsmålet om supplerende opplysninger.

Manglende etterlevelse av kravet til beskyttelsestiltak vil trolig hyppigst felle vern etter forretningshemmelighetsloven, i lys av at kravet anses skjerpet. Vinklingen i oppgaven vil følgelig basere seg på at innehaver søker supplerende vern for sine opplysninger, av nettopp den grunn.

## 1.2 Presiseringer og avgrensninger

Avhandlingen vil beskrive hovedinnholdet i legaldefinisjonen av «forretningshemmeligheter» for sammenhengens skyld, men avgrense mot en inngående behandling av vilkårene. Det avgrenses videre mot tilgrensede tema som rettsstridsreservasjonen i forretningshemmelighetsloven § 3 og forbud mot inngrep i forretningshemmelighetsloven § 5, samt håndheving og sanksjoner. Øvrige rettsgrunnlag som kan tenkes å gi grunnlag for informasjonsvern vil ikke behandles, slik som det ulovfestede prinsipp om lojalitet i kontraktsforhold, alminnelige erstatningsrettslige prinsipper og partenes øvrige forpliktelser i et arbeidsforhold. Behandling av slike tilgrensende områder er ikke hensiktsmessig innenfor oppgavens rammer.

Videre vil analysen av vern etter mfl. § 25 være rettet mot de tilfeller som går klar av forretningshemmelighetsloven, nærmere bestemt tilfeller som ikke oppfyller kravene etter legaldefinisjonen i forretningshemmelighetsloven § 2 bokstav c. Jeg har valgt å rette fokuset

---

<sup>15</sup> Schovsbo (2019) s. 2

<sup>16</sup> TOSLO-2018-107547-2

<sup>17</sup> 2001/29/EF [Infosoc-direktivet]

mot kravet til beskyttelsestiltak i bokstav c, ettersom dette synes å ha blitt skjerpet sammenlignet med tidligere rettstilstand, og at det kanskje kan skape størst behov for supplering med generalklausulen. Hensikten med dette er å belyse at det kan tenkes tilfeller hvor forretningshemmelighetsloven § 2 kanskje er for snever, men som likevel bør rammes av mfl. § 25.

Det avgrenses mot en inngående redegjørelse av standarden «god forretningsskikk», da det vil rettes søkelys på det innhold som anses viktig i henhold til det konkrete suppleringsspørsmålet opp imot EU-retten. Betegnelsen «generalklausulen» og «standarden» vil gjennomgående bli brukt om hverandre i oppgaven og henviser til mfl. § 25.

## **1.3 Rettskilder og metode**

### **1.3.1 Nasjonale rettskilder**

Kun metodiske særegenheter og rettskildepeng vil fremheves i dette kapittelet, da analysen ellers følger alminnelig juridisk metode.<sup>18</sup>

Saker som omhandler «god forretningsskikk»-standarden og adgangen til å supplere i forhold til spesialbestemmelsene, er sjeldent prøvd for domstolene. De høyesterettavgjørelser som finnes er primært i tilknytning til det immaterialrettslige området. Rettskildemateriale omkring disse tilgrensede immaterialrettighetene vil brukes som illustrasjon, da det ikke foreligger noen høyesterettspraksis eller andre viktige kilder som omhandler suppleringsspørsmålet sett opp til forretningshemmeligheter, i lys av at loven er såpass ny.

Det finnes begrenset domsmateriale omkring mfl. § 25, men det foreligger til gjengjeld rikholdig responsapraksis – herunder praksis fra Næringslivets konkurranseutvalg (NKU). NKU-praksis er riktignok av rådgivende karakter, men vil likevel kunne gi en indikasjon på hvordan typetilfeller etter generalklausulen er blitt løst, og hva som blir ansett som illojalt.<sup>19</sup>

### **1.3.2 Internasjonale rettskilder**

---

<sup>18</sup> Eksempelvis fremlagt i Eckhoff (2001) og Høgberg/Sunde (2019) s. 173-524

<sup>19</sup> Irgens-Jensen mfl. (2021) s. 279

Forretningshemmeligheter er løftet opp på direktivnivå via det EØS-rettslige system, slik at den alminnelige juridiske metoden må innrettes etter våre EU/EØS-rettslige forpliktelser ved fastleggelsen av forretningshemmeligheter som begrep, og tolkningen av direktivet.<sup>20</sup>

Spørsmålet som oppgaven her vil ta for seg er hvor stort handlingsrom direktivet etterlater nasjonalstatene, nærmere bestemt om rettstradisjonen supplerer etter mfl. § 25 er forenlig med direktivet. Direktivet og den tilhørende fremtidige domstolspraksis fra EU- og EFTA-domstolen vil kontrollere fastleggelsen av forretningshemmelighetslovens innhold, og kunne oppstille skranker for adgangen til å supplere med mfl. § 25, eller på andre måter gi tolkningsuttalelser om adgangen til slik rettsanvendelse.<sup>21</sup> Videre må direktivet tolkes i tråd med de internasjonale normer som gjelder deretter.<sup>22</sup> Presumsjonsprinsippet<sup>23</sup> og kravet om EØS-konform tolkning<sup>24</sup> uttrykker at norske rettsregler ved anvendelse av alminnelig juridisk metode «så langt mulig», tolkes i tråd med EØS-retten.<sup>25</sup> I forlengelsen av dette, understreker effektivtetsprinsippet (effet utile) at nasjonale regler bør tolkes slik at formålet med de internasjonale forpliktelser får en effektiv oppnåelse.<sup>26</sup>

Direktivets bestemmelser må følgelig tolkes i tråd med EU-domstolens metode, hvor kilder som direktivets fortale, formål<sup>27</sup> og forarbeider<sup>28</sup> blir viktige tolkningsfaktorer. Fortalen er en viktig tolkningsfaktor og vil anvendes gjennomgående i avhandlingen. Fortalen er ikke juridisk bindende, men gir uttrykk for direktivets begrunnelse, og kan til en viss grad sammenlignes med de norske forarbeider.<sup>29</sup> Videre vil forslaget til forretningshemmelighetsdirektivet<sup>30</sup> anvendes enkelte steder for å illustrere EU-kommisjonens intensjoner bak direktivinnføringen. Vekten av de øvrige kilder vil være betydelig, i lys av at EU- eller EFTA-domstolen foreløpig ikke har uttalt seg om hverken tersklene for legaldefinisjonen i art. 2 eller forholdet til markedslovens regler om illojal konkurranse. EU-domstolen har imidlertid kommet med betraktninger for spørsmålet om supplerende vern på tilgrensede områder, som varemerkeretten

---

<sup>20</sup> Etter TFEU art. 288 og EØS-avtalen art. 7

<sup>21</sup> Arnesen/Stenvik (2015) s. 56

<sup>22</sup> Arnesen/Stenvik (2015) s. 25

<sup>23</sup> Se rekkevidden i Rt. 2000 s. 1811 Finanger I (s. 1811)

<sup>24</sup> E-4/01 (Karlsson) avsnitt 28 jf. E-1/07 (Straffesak mot A) avsnitt 39

<sup>25</sup> E-1/07 (Straffesak mot A) avsnitt 39

<sup>26</sup> Se eksempelvis E-8/07 (Nguyen)

<sup>27</sup> Sak 189/87 og C-181/95 (Biogen v. Smithkline Beecham)

<sup>28</sup> Forarbeidene er imidlertid mindre vektige enn i norsk rett jf. Sejersted mfl. (2011) s. 233-234

<sup>29</sup> Høgberg/Sunde (2019) s. 408

<sup>30</sup> COM 2013 813

i C-661/11 (Martin Y Paz). Denne vil følgelig trekkes inn som inspirasjon for EU-domstolens tilnæringsmåte. Det samme gjelder C-30/14 (Ryanair) innenfor databasedirektivet.

Ettersom forretningshemmelighetsloven er relativt ny, finnes begrensede kilder av norsk omfang. I lys av dette, vil jeg gjennomgående se hen til utenlandske rettskilder under min analyse, særlig juridisk teori fra Danmark (Riis og Schovsbo) og Sverige (Domeij). Å trekke paralleller til utenlandske kilder synes også fornuftig, ut ifra direktivets harmoniseringsmålsetting.

## **1.4 Videre fremstilling**

I kapittel 2 vil jeg gjennomgå hva som ligger i begrepet «forretningshemmelighet» etter forretningshemmelighetsloven § 2. I den sammenheng vil jeg også adressere den rettslige plassering og grenseflaten til immaterialrettighetene og markedsføringsloven. I kapittel 3 vil jeg ta for meg markedsføringslovens § 25 i lys av at dette er en generalklausul, og dens nærmere innhold. Deretter vil jeg utrede hvordan suppleringsadgangen er adressert av de norske domstolene ved å vise til relevant rettspraksis. Videre i 3.5 oppstilles underproblemstillingen om hvorvidt vurderingsnormen utpenslet av rettspraksis kan gjelde fullt ut også for forretningshemmeligheters vedkommende. I kapittel 4 vil jeg ta for meg det EU-rettslige aspektet. I 4.2-4.3 vil jeg presentere direktivets rammer og føringer for statene til å innføre nasjonale variasjoner. I 4.5 vil jeg deretter oppstille ulike eksempler med behov for vern, og se nærmere på hvorvidt direktivet og norsk rett setter begrensninger. Underveis vil jeg rette et sideblikk til nordiske land og Tyskland, som i likhet med Norge har hatt tradisjon for supplerende vern etter generalklausul om illojal konkurranse. Avslutningsvis under kapittel 5 vil jeg ta for meg i hvilken grad skjerpelsen av terskelen i § 2 bokstav c medfører en aktualisering av bruken av mfl. § 25 og komme med betraktninger om veien videre – vil reglene om illojal konkurranse også harmoniseres?



## 2 Forretningshemmeligheter

### 2.1 Rettslig plassering

En oppstartsvirksomhet nedlegger betydelige timer og innhentede midler i sin produktutvikling og promotering av sitt virke. Hvor små marginer kan skille at ens tjeneste er bedre enn konkurrentens, vil hemmelighold av eksempelvis markedsstrategier, leverandører og kundelister kunne være kritisk for å sikre bedriftens forsprang. Forretningshemmeligheter utgjør fra et rettssystematisk perspektiv et informasjonsvern<sup>31</sup>, og er ett av flere virkemidler innenfor markedsrettens «sfære», for beskyttelse av slike investeringer hos virksomheten gjennom hemmelighold. Forretningshemmeligheter har følgelig grenseflater til immaterialrett, markedsføringsrett og konkurranserett, som til sammen regulerer markedets funksjoner og betegnes markedsrett.<sup>32</sup> Et fellestrekk er at det etableres rettigheter som gjør det mulig å begrense tredjepersoners bruk eller befatning med opplysningene.

Forretningshemmelighetsvernet er nært knyttet til immaterialrettighetene, ettersom immaterielle verdier ofte nettopp vernes via hemmelighold.<sup>33</sup> Forretningshemmelighetsvernet har følgelig en rolle som enten alternativ eller supplement til slike. Som *alternativ* der immaterialretten ikke sikrer opplysningene vern, slik som bedriftens priskalkyler, råvareleverandører eller kundelister (kommersielle opplysninger). Som *supplement* der man eksempelvis har en kildekode som utgjør et åndsverk, men som av hensyn til å styrke bedriftens konkurranseposisjon også bør hemmeligholdes. Ellers kan hemmelighold anses for å utgjøre i det minste startpunktet for immaterialrettighetene,<sup>34</sup> særlig i forstadiet før eksempelvis søknad om patent- eller designrett.

Forretningshemmelighetsvernet er ellers spesielt egnet til å verne om ulike investeringer for oppstartsvirksomheter eller mellomstore virksomheter, da disse ofte mangler ressurser og

---

<sup>31</sup> Riis, Schovsbo, Udsen (2018) s. 468

<sup>32</sup> Irgens-Jensen mfl. (2021) s. 1, Holtz (2021) s. 44

<sup>33</sup> COM (2013) 813 s. 3, Prop.5 LS (2019-2020) s. 7

<sup>34</sup> Utenom varemerkerettigheter som ikke har nyhetskrav

bemanning til å føre tilsyn med eller forvalte immaterialrettigheter som er mer kostnadsdrivende.<sup>35</sup>

Det foreligger viktige likhetstrekk mellom forretningshemmeligheter og immaterialretten, da rettsområdene begge har til hovedformål å skape incentiv til innovasjon, forskning og nyskaping.<sup>36</sup> Den største forskjellen fra immaterialrettighetene er at forretningshemmelighetsvernet ikke etablerer noen enerett til opplysningene.<sup>37</sup> At vernet er mer begrenset, kommer til uttrykk ved at innehaver av en forretningshemmelighet ikke vernes mot eksempelvis uavhengig oppdagelse eller at informasjonen kommer frem via omvendt utvikling.<sup>38</sup> Distinksjonen taler for at friholdelsesbehovet som den tyngste motvekt til eneretten, ikke gjør seg like sterkt gjeldende overfor forretningshemmelighetene. Dette kan også underbygges av det faktum at eneretten har en tidsavgrenset vernetid,<sup>39</sup> mens hvor forretningshemmelighetsvernet i prinsippet kan være evigvarende, kan det også bortfalle over natten. Dette taler for at forretningshemmelighetsvernet ikke i like stor grad forrykker balansen til fri informasjonsbruk i samfunnet, som friholdelsesbehovet er ment å sikre. *Riis* og *Schovsbo* omtaler eksempelvis forretningshemmelighetsloven som mer «markedsføringsretlig i sit anslag», fremfor «immaterialrettslov»<sup>40</sup>.

Til tross for reglens ulikheter, taler deres felles informasjonssikrende grunnstruktur for at det kan søkes inspirasjon hos disse tilgrensede rettigheter når forretningshemmelighetsvernet skal fastlegges. Dette underbygges ytterligere av at forretningshemmelighetsvernet etter direktivet må anses mer enhetlig fastlagt enn tidligere, på liknende måte som immaterialrettighetene.

I forlengelsen av dette, er det også en nær sammenheng mellom immaterialretten og markedsføringsrettens regler om illojal atferd, herunder mfl. § 25. Rettsområdene er betegnet som et «mother-daughter relationship»<sup>41</sup>, i lys av deres fellehistoriske opphav fra Pariskonvensjonen om industrielle rettigheter av 1883<sup>42</sup>. Det nære forholdet mellom regelsettene som del av samme «sfære», får følgelig betydning for den videre gjennomgang i

---

<sup>35</sup> COM (2013) 813 s. 1

<sup>36</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 7, fortalen punkt 1, Irgens-Jensen (2010) s. 27, Arne Ringnes (2016) s. 760

<sup>37</sup> Fortalen punkt 16

<sup>38</sup> Jf. EU 2016/943 art. 3 a) og b) og fortalen punkt 16

<sup>39</sup> Se Patentloven § 40 20 år og Åndsverkloven § 11 70 år fra opphaverens død

<sup>40</sup> Riis/Schovsbo (2019) s. 40-41

<sup>41</sup> Stuyck, Briefing paper on addressing unfair commercial practices in business-to-business relations in the internal market (2016) s.17

<sup>42</sup> Paris convention for the protection of industrial property

denne oppgaven når det gjelder spørsmålet om supplerende vern etter mfl. § 25 i kapittel 3 og 4.

## 2.2 Hva er forretningshemmeligheter?

For å kunne belyse behovet for supplerende vern etter mfl. § 25, er det nødvendig først å klargjøre hva som kan anses som en forretningshemmelighet etter forretningshemmelighetsloven. Det grunn til å anta at mangelen på oppfyllelse av kravet til beskyttelsestiltak hyppigst vil avskjære vern etter forretningshemmelighetsloven, særlig dersom det foreligger rettskildegrunnlag for å anta en skjerpelse av terskelen etter denne. En grov gjennomgang av forretningshemmelighetsloven § 2 er derfor hensiktsmessig, da terskelen for vern etter legaldefinisjonen henger tett sammen med behovet for supplerende vern etter mfl. § 25.

Forretningshemmelighetsloven trådte i kraft 1. januar 2021, og gjennomfører EU-direktiv 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet). Forretningshemmelighetsloven § 2 utgjør en legaldefinisjon av begrepet «forretningshemmeligheter», og lyder følgende:

«Med forretningshemmeligheter menes opplysninger som

- a) er hemmelige i den forstand at opplysningene ikke som helhet, eller slik de er satt sammen eller ordnet, er allment kjent eller lett tilgjengelig
- b) har kommersiell verdi fordi de er hemmelige
- c) innehaveren har truffet rimelige tiltak for å holde hemmelige»

Legaldefinisjonen svarer til direktivets ordlyd for å sikre korrekt direktivgjennomføring.<sup>43</sup> Bestemmelsen vil også i all hovedsak sikre samme avgrensning som fra tidligere rett, til tross for at hovedelementene nå er gitt et annet språklig uttrykk enn hva man tidligere utledet fra forarbeider og rettspraksis.<sup>44</sup>

Loven beskytter «opplysninger», men stiller ingen begrensninger til opplysningenes art som sådan. Her i kontrast til eksempelvis designretten<sup>45</sup>, som stiller krav til produktets utseende. I

---

<sup>43</sup> Se art. 2 nr. 1 bokstav a-c

<sup>44</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 24, se Innstilling fra konkurranselovkomiteen, 1966 s. 48 og Irgens-Jensen (2010) s. 51-55 herunder at informasjonen er «foretaksspesifikk», «av betydning for virksomheten» og at bedriften «uttrykkelig har markert kravet til hemmelighold eller at dette ligger klart i selve situasjonen»

<sup>45</sup> Se Designloven § 2 (lov av 14. mars 2003 nr. 15)

lovens forarbeider nevnes teknisk kunnskap, informasjon om kunder og leverandører, forretningsplaner, markedsundersøkelser og forretningsstrategier, som eksempler.<sup>46</sup> Det trekkes videre en nedre grense mot «ubetydelige opplysninger», med henvisning til direktivets fortale.<sup>47</sup>

Etter forretningshemmelighetsloven § 2 bokstav a, oppstilles det krav om at opplysningene må være «hemmelige». En vanlig språklig fortolkning av loven tilsier at opplysningene krever fortrolighet for å oppnå beskyttelse. Det følger av konseptet hemmelighet at dette ikke omfatter informasjon som er «allment kjent» eller «lett tilgjengelig». Ytterligere presisert i forarbeidene, som at informasjonen ikke må være tilgjengelig for personer i de kretser som normalt «beskæftiger» seg med denne typen opplysninger.<sup>48</sup> Dersom eksempelvis de ansatte hos en konkurrent kjenner til opplysningene, er de følgelig ikke «hemmelige». Når flere i samme bransje sitter med samme kunnskap, taler hensynet til konkurranse mot at opplysningene anses verneverdige, ut ifra et monopolperspektiv.

At opplysningene ikke må være «lett tilgjengelig» for å være «hemmelige», indikerer at en retningslinje kan være hvor stor innsats som kreves for at opplysningene oppdages.

I Rt. 2007 s.1841 (SAS) uttalte Høyesterett at vilkåret om at informasjonen må være «foretaksspesifikke» for den enkelte bedrift etter daværende straffelov § 294 nr. 3, som tilsvarer forretningshemmelighetsloven § 2 bokstav a, i den forbindelse var oppfylt:

«[I] et tilfelle som det foreliggende må [det] være tilstrekkelig for å oppfylle dette kravet at informasjonen har gjort det mulig å oppnå resultater som man ellers ville ha brukt mer tid eller mer ressurser på å oppnå.»

I den forbindelse, vil eksempelvis et produkt som enkelt lar seg «reversed engineere» eller omvendt utvikle, kunne tale for at opplysningene var lett tilgjengelige, og følgelig ikke hemmelige.<sup>49</sup>

Definisjonen krever i tillegg at opplysningene må ha «kommersiell verdi» fordi de er hemmelige jf. Forretningshemmelighetsloven § 2 bokstav b. Ordlyden indikerer at det for verdiløs informasjon, ikke er behov for en rettslig beskyttelse mot spredning av slike. Forarbeidene presiserer i den forbindelse at vilkåret oppfylt hvor:

---

<sup>46</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 21 med videre henvisning til fortalen punkt 14

<sup>47</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 21 med videre henvisning til fortalen punkt 14

<sup>48</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 22

<sup>49</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 22

«(...) inngrep kan skade innehaveren av opplysningene ved å undergrave dennes vitenskapelige eller tekniske potensiale, forretningsmessige eller finansielle interesser, strategisk plassering eller evne til å konkurrere.<sup>50</sup>»

Gode grunner taler derav for at hvor opplysningene ikke har slik verdi for innehaver, og følgelig ikke kan skade virksomheten, bør heller ikke samfunnet være avskåret fra å anvende informasjonen.

Videre henviser forarbeidene til direktivets fortale om at både faktisk og potensiell kommersiell verdi dekkes.<sup>51</sup> Vernet er følgelig tilpasningsdyktig etter hva markedet potensielt anser som verdifullt på et senere tidspunkt. Dette er fornuftig av hensyn til den teknologiske fremdrift samfunnet er preget av. Følgelig kan det konstateres at kommersiell verdi foreligger når et marked er villig til å yte noe for tilgang på opplysningene, eller at virksomheten selv oppnår konkurransefortrinn ved bruk av disse. Det må følgelig foreligge informasjon som har en selvstendig økonomisk verdi, ved at kunnskapen ikke er tilgjengelig for andre i markedet.

Det siste element er at innehaver har truffet «rimelige tiltak» for å sikre hemmelighold jf. Forretningshemmelighetsloven § 2 bokstav c. Ordlyden åpner for skjønnsutøvelse og må derav karakteriseres som en rettslig standard. Hva som anses «rimelig», oppstiller et krav om forholdsmessighet og vil variere etter omstendighetene. Forarbeidene angir som retningslinjer at vurderingen skal ta utgangspunkt i hvordan driftet er innrettet, og hvilke risikofaktorer det er naturlig å rette tiltak mot.<sup>52</sup>

Hva som er tilstrekkelige beskyttelsestiltak varierer følgelig fra sektor til sektor, men eksempelvis fysisk blokkering av adgang til informasjon, kryptering av filer, fortrolighetsklausuler og hemmelighetsstempling må kunne anses tilstrekkelig. Tiltakene må videre være innført av «innehaver». Det være seg juridisk eller fysisk person som råder over opplysningene.

En språklig forståelse av ordlyden «har truffet» presiserer at innehaver må ha foretatt seg noe for å hemmeligholde opplysningene. Det samme kan utledes av direktivets ordlyd «har blitt underkastet».<sup>53</sup> Ordlyden synes å oppstille et krav til aktivitetsplikt overfor innehaveren.

---

<sup>50</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 25

<sup>51</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 22 med videre henvisning til fortalen punkt 14

<sup>52</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 120

<sup>53</sup> Jf. Art. 2 nr. 1 bokstav c)

Et krav om beskyttelsestiltak forelå også etter forarbeidene til markedsføringsloven, hvor kravet ble beskrevet som at innehaver «uttrykkelig har markert kravet på hemmelighold *eller*<sup>54</sup> at dette ligger klart i selve situasjonen».<sup>55</sup> Det tidligere kravet til beskyttelsestiltak anses nærmest som et krav om å tilkjenne for omverdenen et ønske om hemmelighold, når et krav om hemmelighold kan utledes av «selve situasjonen».

Et eksempel som illustrerer terskelen godt, er Rt. 2007 s.1841 (SAS). Dommen gjaldt spørsmål om vern for passasjeropplysninger (PNR-data). Som ledd i et samarbeid, delte Norwegian sine PNR-data med SAS-Braathens. Etter endt samarbeid, benyttet SAS-Braathens seg av å fortsatt ha adgang til dataen. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens vurdering, om at det var tilstrekkelig at SAS «forsto at tilgangen ble gitt for at Braathens kunne utgjøre sine tjenester på en tilfreds[s]stillende måte». Fokuset synes rettet mot hva inngriper *forsto*, fremfor å rette noen aktivitetsplikt mot bedriften, da det «ikke ble lagt vekt på at Norwegian ikke hadde sørget for å stenge Braathens tilgang».<sup>56</sup> Høyesterett konkluderte videre med at kravet på hemmelighold var oppfylt, fordi det lå «i selve situasjonen».<sup>57</sup>

I forlengelsen av dette, uttrykker departementet i høringsnotatet inntatt i lovproposisjonen, at direktivet utgjør en «forsiktig skjerping» av dette punktet fra tidligere rett, hvor terskelen ble beskrevet som «temmelig lav».<sup>58</sup>

Kravet til «rimelige foranstaltninger»<sup>59</sup> synes ifølge *Domeij* heller ikke forenlig med det tidligere beskyttelseskrav i svensk rett, herunder «som näringsidkaren håller hemlig».<sup>60</sup> Han fortolker direktivkravet til å «måste ha vidtagit juridiska eller tekniske åtgärder för att uppnå ett hemlighållande».<sup>61</sup> Direktivet pålegger et «ansvar på innehavaren», fremfor svensk rett som i likhetstrekk med terskelen etter SAS-dommen, «godtar att mottagaren förstod att innehavaren önskade ett hemlighållande».<sup>62</sup> Sverige endret deretter ordlyden til «innehavaren har vidtagit rimliga åtgärder för att hemlighålla».<sup>63</sup> Tyskland forkastet også tidligere terskel.<sup>64</sup> I lys av at

---

<sup>54</sup> (Min kursivering)

<sup>55</sup> Innstilling fra Konkurranselovkomiteen 1966 s. 48.

<sup>56</sup> Avsnitt 26

<sup>57</sup> Avsnitt 26

<sup>58</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 26, Irgens-Jensen (2018) s. 523

<sup>59</sup> Kravet til beskyttelsestiltak i art. 2 nr.1 bokstav c

<sup>60</sup> Lag om skydd för företagshemligheter (1990:409) § 1

<sup>61</sup> Domeij (2016) s. 125

<sup>62</sup> Domeij (2016) s. 125

<sup>63</sup> Lag (2018:558) om företagshemligheter § 2 1.ledd nr. 3

<sup>64</sup> Irgens-Jensen (2018) s. 525 med videre henvisninger

den tidligere norske rettstilstand synes å harmonere med både Sverige og Tyskland,<sup>65</sup> taler dette for at den tidligere terskelen deretter, heller ikke bør anses for å gjelde etter innføringen av forretningshemmelighetsloven § 2 bokstav c. Dette underbygges også av direktivets mål om enhetlig beskyttelse på tvers av EU.<sup>66</sup>

De ovennevnte kilder taler for at terskelen som Høyesterett praktiserte i SAS-dommen, ikke lengre kan anvendes etter den nye loven og at det foreligger en aktivitetsplikt. *Irgens-Jensen* betegner den tidligere terskelen som «helt på grensen»<sup>67</sup> av direktivet, og jeg slutter meg til samme synspunkt.

Det kan i forlengelsen av dette, argumenteres for at tilfellet i SAS-dommen etter dagens terskel kunne hatt behov for supplerende vern etter generalklausulen i mfl. § 25.

---

<sup>65</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 242

<sup>66</sup> Fortalen punkt 1-11

<sup>67</sup> Irgens-Jensen (2018) s. 524

# 3 Markedsføringsloven § 25

## 3.1 Vern etter generalklausulen

### 3.1.1 Innledning

For å oppnå vern etter den nye forretningshemmelighetsloven forutsettes det at man oppfyller legaldefinisjonens kumulative vilkår. Som gjennomgangen i kapittel 2 viser, er terskelen for at opplysninger anses vernet skjerpet. Det kan følgelig tenkes at flere tilfeller mangler vern etter forretningshemmelighetsloven. Til tross for at fri flyt av informasjon er ønskelig ut ifra et samfunnsperspektiv, kan utnyttelse av andres kunnskap likevel gå for langt, og over lengre tid føre til innovasjonsstagnasjon.

Innehaver kan tenkes å ha en beskyttelsesverdig forventning om beskyttelse, særlig hvor det er nedlagt betydelige ressurser og energi i å frembringe kunnskap. Gode grunner taler derav for at informasjonen bør sikres annet vern. I det følgende vil jeg ta for meg hvordan mfl. § 25 kan verne opplysninger utover det som følger av forretningshemmelighetsloven.

Markedsføringsloven § 25 er en generalklausul eller rettslig standard,<sup>68</sup> som etter sin art, åpner for en mer skjønnspreget anvendelse, og skiller seg fra andre «strammere» rettsregler.<sup>69</sup> Mye av begrunnelsen knytter seg etter mitt syn, til fleksibiliteten slike standarder er ment å gi. Selve formålet med en rettslig standard er å unngå kasuistiske oppramsinger som kan komme i fare for å begrense rekkevidden, som uansett skal fastlegges av domstolene i den konkrete sak. En kort redegjørelse av standardens innhold anses dermed hensiktsmessig før en analyse av selve suppleringsadgangen.

---

<sup>68</sup> Termene ble likestilt av Høyesterett i Rt. 1984 s. 248 (John Deere) og blir brukt om hverandre av Lunde i “God forretningskikk næringsdrivende imellom” (2001)

<sup>69</sup> Lunde/Michaelsen (2019) s. 296



### 3.1.2 Hva ligger i «god forretningsskikk»?

Det følger av mfl. § 25 at det i næringsvirksomhet ikke må utføres handlinger i strid med “god forretningsskikk næringsdrivende imellom”. Lovteksten gir anvisning på at det må foretas en helhetsvurdering av partenes opptreden, hvor relevante normer i næringslivet kan være retningsgivende. Hva som forventes av partenes oppførsel vil endres i takt med den rådende samfunnsoppfatningen og vitner om bestemmelsens dynamiske karakter som en rettslig standard.

Bestemmelsen er plassert i lovens kapittel 6 om *Beskyttelse av næringsdrivendes interesser*. Hensynet til de næringsdrivende står i fokus, men forbrukerhensynet kan likevel tillegges vekt i den konkrete vurderingen jf. Rt.1994 s. 1584 (LEGO-dommen). For det nærmere innhold av hva som utgjør “god forretningsskikk” er ordlyden taus.

I forarbeidene presiseres at mfl. § 25 viderefører daværende mfl. § 1 av 1972 med likelydende ordlyd.<sup>70</sup> Rettskilder omkring denne er følgelig relevant ved fortolkningen av mfl. § 25. I forarbeidene til daværende mfl. § 1, fremheves at standarden må ha en viss rot til hva som er “sedvanemessig i forretningsvirksomhet”, men at det i lys av både endrende og nyskapende praksis må tillegges at terskelen for brudd står ved at handling må være “utilbørlig”.<sup>71</sup> Bestemmelsens formål er å fremme sunn konkurranse.<sup>72</sup> Bestemmelsen er følgelig ikke ment å gjøre inngrep i konkurranse generelt, men kun den kritikkverdige. Det må derfor foretas en balansert avveining av det enkelte tilfelle.

Som følge av den faktiske delegasjonen fra lovgiver til domstolene som en generalklausul innebærer, vil andre rettskilder enn lovtekst stå sentralt.<sup>73</sup> Reelle hensyn blir viktige ved vurderinger etter slike rettslige standarder som må anses uskarpe.<sup>74</sup> Rettens oppfatning av hva som anses som utilbørlig atferd er særlig sentralt, da det forutsettes at domstolen gjør seg opp et skjønn av hvilken forretningsskikk den anser som «god».<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 207

<sup>71</sup> Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) s. 9

<sup>72</sup> Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) s. 8

<sup>73</sup> Lunde (2001) s. 83

<sup>74</sup> Lunde (2001) s. 89

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) s. 8

Det finnes få høyesterettsavgjørelser å se hen til, slik at underrettspraksis og responsapraksis fra Næringslivets konkurranseutvalg (NKU) vil også måtte brukes til å illustrere hvordan bestemmelsen anvendes.<sup>76</sup>

Rettens oppfatning av hva den anser som utilbørlig atferd vil kunne belyse hvordan en slik helhetsvurdering foretas. *Resultatet* i de enkelte avgjørelsene vil derimot ikke kunne tillegges særlig vekt som argument for avgjørelsen i en annen sak. Generalklausulen er ment å fange opp, men innsnevre konkrete tilfeller, av hensyn til dens funksjon som et dynamisk lovgivningsinstrument. I den anledning vil jeg i det følgende ta for meg Rt. 1998 s. 1315 (Norsk Iskrem) som illustrasjon for hvilke hovedelementer standarden består av.

### 3.1.3 Standardens nærmere innhold

I *Iskremdommen*, Rt. 1998 s. 1315, la Høyesterett til grunn at det måtte foretas en lojalitetsvurdering hvor forhold av både subjektiv og objektiv karakter er relevante.<sup>77</sup> Et lojalitetskrav tilknyttet forretningsskikk-standard, er videre fulgt opp av rettspraksis.<sup>78</sup> Kjernen i lojalitetsvurderingen består av en avveining av motstående hensyn.<sup>79</sup> Annenvoterende fremhever disse hensyn godt, herunder at «(...) behovet for å hindre at noen skal kunne snylte på en annens innsats, avveies mot behovet for en mest mulig fri konkurranse.»<sup>80</sup> Dette impliserer at *illojale konkurransehandlinger* er i kjernen av standardens virke. Videre bemerket Høyesterett at «oppfatningen innen næringslivet [har] sentral betydning», men at den «ikke alene [er] avgjørende».<sup>81</sup> Videre understreker Høyesterett at det må foretas «en forholdsmessighetsvurdering av hvilke beskyttelsesverdige interesser partene har».<sup>82</sup> En slik vurdering må følgelig skje i henhold til de styrende motstridshensyn nevnt ovenfor. Vekten av bransjepraksis synes å komme noe i skyggen i den konkrete vurderingen.<sup>83</sup> Dette underbygger at det til syvende og sist er domstolens skjønn som utgjør en hva som anses «god» forretningsskikk.

---

<sup>76</sup> Irgens-Jensen mfl. (2021) s. 279

<sup>77</sup> s. 1323

<sup>78</sup> Se Rt. 1971 s. 390 (Hennes), Rt. 1984 s. 248 (John Deere), Rt. 1994 s. 1584 (Lego)

<sup>79</sup> Lunde, (2001) s. 192

<sup>80</sup> s. 1327, også fulgt av flertallet s.1324

<sup>81</sup> s. 1322

<sup>82</sup> s. 1324

<sup>83</sup> s. 1322

Dommen gir en indikasjon på at det til en viss grad er utpenslet visse føringer for interesseavveiningen for anvendelsen av mfl. § 25, men graden av klarhet i form av rent materielle kriterier har vist seg vanskelig, sett i lys av den skjønnsmessighet standarden er ment å bevare.<sup>84</sup>

På internasjonalt nivå er prinsippet om illojal konkurranse innført i Pariskonvensjonen av 1967 om beskyttelse av industrielle rettigheter i art. 10 bis (2). Her beskrives «unfair competition» som «any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters». Art 10. bis kan belyse et eksempel på hva som anses som illojale konkurransehandlinger, men utgjør ikke særlig rettskildebetydning etter norsk rett.<sup>85</sup>

Andre internasjonale kilder kan belyse eksempler på handlinger som må anses i strid med god forretningsskikk. TRIPS-avtalen art. 39 (2) er plassert i kapittel 7 om «beskyttelse av fortrolige opplysninger». Legaldefinisjon på «god forretningsskikk» etter art. 39 er i fotnote 10 presisert som:

«(...) i alle fall handlemåter som kontraktsbrudd, misbruk av tillit samt oppfordring til dette, og omfatter tredjepersons erverv av fortrolige opplysninger når tredjepersonen visste, eller på grunn av grov uaktsomhet ikke visste, at ervervet innebar en slik handlemåte.»

Misbruk av tillitt blir også her fremhevet i likhet med lojalitetsvurderingen det legges opp til etter norsk rettspraksis.<sup>86</sup>

## **3.2 Supplerende vern etter markedsføringsloven § 25**

I motsetning til forretningshemmelighetsloven hvor vurderingstemaet først og fremst er om opplysningene som «inngrepsgjensstand» faller innenfor legaldefinisjonen i § 2, er imidlertid det sentrale vurderingstema etter generalklausulen om det foreligger illojale konkurransehandlinger. Markedsføringsloven § 25 er derfor egnet til å ramme de klanderverdige forhold som kan falle utenfor det finmaskede system etter forretningshemmelighetsloven. Spørsmålet er imidlertid hvorvidt det faktisk at opplysningene

---

<sup>84</sup> Lunde (2001) s. 186

<sup>85</sup> Lunde (2001) s. 114

<sup>86</sup> Rt. 1998 s. 1315 (Norsk Iskrem), Rt. 1971 s. 390 (Hennes), Rt. 1984 s. 248 (John Deere), Rt. 1994 s. 1584 (Lego)

ikke fanges opp av forretningshemmelighetsloven § 2, har betydning for vurderingen av om handlingen er i strid med «god forretningsskikk».

Det overordnede spørsmålet er om det er fritt fram å supplere med generalklausulen, eller om norsk rett og våre EU-rettslige forpliktelser legger noen føringer for slik supplerende rettsbeskyttelse. Problemstillingen vil drøftes under en forretningshemmelighetsrettslig kontekst hvor loven må anses ny, og det foreløpig meg kjent, ikke foreligger praksis av hverken Høyesterett eller i EU-rettslig sammenheng. Det er derfor hensiktsmessig å løfte frem relevant praksis som omhandler beslektede problemstillinger innenfor den tilgrensede immaterialretten, nærmere bestemt hvor tilfellene har gått klar av spesialbestemmelsene.

Spørsmål om supplerings av generalklausulen oppstår eksempelvis når spesialbestemmelsenes materielle vilkår ikke oppfylles. For eksempel, om det foreligger suppleringsadgang når tekniske funksjoner overstyrer utseendevalg og produktet ikke oppfyller kravet til verkshøyde, eller når vernetiden for patentet er utløpt.

Under kapittel 4, vil jeg deretter drøfte om direktivreguleringen er til hinder for en slik supplerende anvendelse av generalklausulen når tilfellene går klar av legaldefinisjonen.

### **3.2.1 Hvordan har forarbeidene og rettspraksis tilnærmet seg suppleringsspørsmålet?**

I forarbeidene til daværende mfl. § 1 av 1972 fremheves at den tidligere konkurranselov var tolket som at generalklausulen “kan brukes til å supplere andre bestemmelser i eller utenom konkurranseloven” og at det samme skulle gjelde for lov av 1972.<sup>87</sup> Forarbeidene stadfester at generalklausulen på helt generelt grunnlag kan yte et supplerende vern til andre bestemmelser, og dette er senere stadfestet som en allmenn rettsoppfatning.<sup>88</sup> Lovtekst og forarbeider er imidlertid tause når det gjelder føringer for når eller under hvilke betingelser supplerings med generalklausulen kan skje.

Forretningshemmeligheter går fra å være nasjonalt regulert i selve markedsføringsloven hvor § 25 befinner seg, til å bli løftet opp i egen lov basert på direktivimplementering. Det er følgelig

---

<sup>87</sup> Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) s. 8.

<sup>88</sup> Lunde (2001) s. 210 med videre henvisninger

interessant å løfte frem hvordan praksis har håndtert dette før forretningshemmeligheter ble direktivfastsatt.

En gjennomgang av beslektet rettspraksis som adresserer suppleringsadgangen, vil følgelig anvendes som illustrasjon for å se om det kan trekkes slutninger som kan være av interesse i forhold til supplerende vern av forretningshemmeligheter.

Høyesterett tok for første gang stilling til suppleringssspørsmålet i *Skiltdommen*, Rt. 1959 s. 712. Et svensk og norsk selskap forhandlet om produksjons- og salgsrett til et reklameskilt, men ingen avtale førte frem. Til tross for at forhandlingene ble avsluttet og ingen rettigheter ble overført, tok det norske selskapet likevel informasjonen i bruk, og opprettet egne kopier av skiltet som deretter ble videresolgt.

Skiltet var ikke patentert, kun skiltets bærearm. Ankeparten hevdet derav ettersom skiltet etter sin art «(...) kan oppnå beskyttelse gjennom patentlovgivningen (...) var det «(...) ikke adgang til å falle tilbake på generalklausulens bestemmelser (...)»<sup>89</sup>.

Høyesterett bemerket til dette at «En ettergjøring vil på grunn av særlige omstendigheter kunne karakteriseres som utilbørlig (...) selv om situasjonen er den at gjenstanden ikke nyter beskyttelse etter patentlovgivningen»<sup>90</sup>. Videre ble det presisert at det forelå omstendigheter som tilsa at forretningsmannens handlemåte måtte karakteriseres som rettsstridig.

Dommen stadfester at manglende immaterialrettslig vern ikke utelukket supplerende vern etter generalklausulen, da slik utnyttelse av informasjon innhentet fra forhandlingsøyemed utgjorde slike særlige omstendigheter som måtte regnes i strid med daværende lov om utilbørlig konkurranse.

En annen sak hvor Høyesterett tok stilling til suppleringssspørsmålet var *LEGO-dommen*, Rt 1994 s. 1584. Patentvernet for LEGOs klosskompatibilitetssystem var utgått i 1975 etter 20 år med eksklusiv enerett. Noen designvern for klossene fantes heller ikke. Konkurrenten Brio opprettet deretter leketøyet TOMY trains som var utstyrt med slike sylindriske tapper, som var karakteristiske for produsenten LEGO.

Det rettslige spørsmålet var om Brios markedsføring av TOMY trains med tilsvarende sylindertapper som var karakteristiske for LEGO, også med sammenkoblingsmulighet til

---

<sup>89</sup> s. 214

<sup>90</sup> s. 214

LEGOs produkter, stred med mfl. § 1 og ga LEGO konkurranserettslig vern, tross utløpet av patentvernet.

Høyesterett bemerket at det tross manglende *enerett* for tappene og at deres utforming «ikke utelukket at markedsføringen av TOMY train med tilsvarende tapper kan støte an mot de konkurranserettslige regler i markedsføringsloven»<sup>91</sup>. Deretter ble følgende generelle retningslinjer om forholdet mellom spesialreglene og markedsføringsloven fremhevet:

«De konkurranserettslige regler i markedsføringsloven medfører altså i prinsippet at det kan forekomme et visst vern mot etterligning også etter utløpet av vernetiden, likesom reglene kan medføre et visst vern også for produkter som *ikke*<sup>92</sup> har oppnådd patent eller mønsterbeskyttelse»<sup>93</sup>.

Høyesterett poengterer likevel at eneretten som utgangspunkt er tidsbegrenset, og det alminnelige utgangspunkt ved utløpet av vernetiden må være at allmennheten vil «stå fritt» til å anvende ideene til eget bruk. Høyesterett fremhever i den sammenheng at begrunnelsen for friholdeshensynet er «hensynet til forbrukerne og hensynet til videreutvikling av produksjonsideer», til tross for at slike ideer skulle komme konkurrenter til gode.<sup>94</sup> Det avgjørende for krenkelse av generalklausulen forutsetter en «illojal utnyttelse av andres innsats».<sup>95</sup> Noe Høyesterett mente *ikke* forelå i denne sak.

Høyesterett anerkjenner at det på prinsipielt grunnlag er adgang til å supplere spesialbestemmelsen i patentloven med generalklausulen, selv for tilfeller som «ikke har oppnådd patent – eller mønsterbeskyttelse». Det sondres følgelig ikke mellom beskyttet og ubeskyttet rett når det gjelder suppleringsadgangen. Dommen gir generelle retningslinjer om suppleringsadgang. Dette kan få overføringsverdi for opplysninger som ikke kvalifiserer som forretningshemmeligheter etter legaldefinisjonen i forretningshemmelighetsloven § 2, da det til en viss grad foreligger likhetstrekk.

Når det gjelder terskelen for slik anvendelse, utviste Høyesterett en forsiktighet som gjenspeiles av ordbruken «et visst vern». Det at TOMY trains bevisst utnyttet løsningen var ikke nok, da hensynet til konkurranse i lys av friholdeshensynet her vil kunne veie tyngre, og indikerer at

---

<sup>91</sup> s. 1586

<sup>92</sup> (Min kursivering)

<sup>93</sup> s. 1587

<sup>94</sup> s. 1587

<sup>95</sup> s. 1587

mer klanderverdige forhold må foreligge. Hensynet til allmennheten fremsto dermed mer tungtveiende enn beskyttelsesbehovet til LEGO, som i løpet av vernetiden kanskje kan sies å ha «høstet» inn nok etter 20 år med enerett.

Vurderingsnormen etter LEGO-dommen angir en høy terskel for anvendelse av generalklausulen når et tilfelle faller utenfor det immaterialrettslige vern. Saken gjaldt likevel en noe spesiell situasjon slik at det er vanskelig å si hvorvidt disse retningslinjene er noe preget av å skulle oppklare den konkrete tvist som forelå.

*Mozelldommen*, Rt. 1995 s. 1908, er også av interesse. Saken gjaldt om Ringes ved registrering og markedsføring av sitt mineralvann «MOZELL» krenket vinprodusentene ved Moseldistriktet i Tyskland. Vinprodusentene påberopte flere grunnlag, deriblant krenkelse av mfl. § 1. Vinprodusenten hevdet at Ringes på en illojal måte utnyttet til egen fordel det renommé som er knyttet til opprinnelsesbetegnelsen Mosel. Ringes' mineralvann besto av druer og epler, og anvendte sammenholdt med navnet, en emballasje på mineralvannet med «umiskjennelig preg av vindistrikt»<sup>96</sup>. Produktet var videre egnet til å serveres som et alkoholfritt alternativ.

Førstvoterende bemerket følgende i henhold til vurderingen av generalklausulen, med tilslutning fra de øvrige dommerne:

«Slik jeg ser det, kan de sider ved markedsføringen av mineralvannet (...) ikke gå fri for kritikk. Men en slik kritikk kan ikke uten videre medføre at bruken av ordmerket og figurmerket anses for å stride mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom og forbys i medhold av markedsføringsloven § 1. Det må opereres med en terskel, og denne vil kunne variere med de konkrete omstendigheter»<sup>97</sup>.

I samme avsnitt:

«selv om generalklausulen (...) supplerer lovens spesialbestemmelser, må det etter min mening vises forsiktighet med å anvende den på forhold av lignende karakter som omhandlet i spesialbestemmelsene når vilkårene etter disse ikke er oppfylt»

Uttalelsen er spesielt myntet på spesialbestemmelser innad markedsføringsloven. *Lunde* hevder derfor at uttalelsen om forsiktighet kun får begrenset overføringsverdi for spørsmålet om

---

<sup>96</sup> s. 1917

<sup>97</sup> s. 1918

supplering av *andre* spesialbestemmelser.<sup>98</sup> Jeg er uenig, da gode grunner taler for at synspunktet også bør få overføringsverdi for forretningshemmeligheter, selv om vernet nå er plassert i egen lov.

Samlet sett synes Lego-dommen sammenholdt med Mozell-dommen å gi uttrykk for en forsiktig linje når det kommer til å anvende generalklausulen som et supplement for tilfeller som faller utenfor immaterialrettslovgivningen. Likevel stenger ingen av dommene døren for at slik supplering kan skje.

*Cirrusdommen*, Rt. 1997 s. 199 er også av interesse. Saken gjaldt i korte trekk, en tvist mellom et ingeniørfirma og et båtbyggerfirma som i lengre tid samarbeidet om utvikling av en luftputekatamaran. Mens samarbeidsavtalen pågikk, benyttet båtbyggerfirmaet seg av tegninger og byggespesifikasjoner til å utvikle et konkurrerende fartøy. Testforsøk av båtene i modell og fullstørrelse ble også utført i skjul for ingeniørfirmaet. Høyesterett kom frem til at tegningene ikke oppfylte verkshøydekravet og derav manglet opphavsrettslig vern. Flertallet (dissens 3-2) kom likevel frem til at den samlede bruk av tegninger, byggespesifikasjoner og modellforsøk var i strid med mfl. § 1 av 1972 og bedriftshemmeligheter etter mfl. § 7 (avskaffede mfl. § 28). Det forelå rettsstridig bruk av tegningene etter mfl. § 7, ettersom båtbyggerfirmaet bevisst omgikk ingeniørfirmaets rett til tegningene og at disse ble brukt i «atskillig utstrekning». Det tidligere samarbeid mellom partene ga utslag i et krav til særlig lojalitet. Det ble også vektlagt at konstrueringen av det konkurrerende produkt skjedde i opptakten til oppsigelsen av samarbeidsavtalen, som nettopp skapte den nye konkurransesituasjonen. Testforsøkene hadde stor betydning, og den aktive hemmeligholdelsen var «illojalt». Bruken var følgelig også i strid med «god forretningskikk».

Premissene fremstår noe uklare, men mindretallet synes å være enig i at generalklausulen generelt kan gi en «viss beskyttelse»<sup>99</sup> når spesialbestemmelsene går klar. Mindretallet kom frem til at utnyttelsen av «tegningene og teknologien» ikke var «rettsstridig» etter § 7, med vekt på «avtaleforholdets karakter av nyskapning og samarbeid». Generalklausulen ble ikke adressert nærmere, slik at mindretallet synes å forutsette at heller ikke generalklausulen var overtrådt.

---

<sup>98</sup> Lunde (2001) s. 220

<sup>99</sup> s. 228



Retningslinjer for suppleringsadgangen er også å finne i *Iskremdommen*, men Høyesterett synes å ta en litt annen retning enn tidligere utpekt i Mozell- og LEGO-dommen. Det sentrale spørsmålet i saken var om bruk av «Norges-Is AS» som varemerke, krenket konkurrentens bruk av Norsk Iskrem BA og deres slagord “Hele Norges iskrem” etter varemerkeloven og markedsføringsloven. Flertallet (dissens 3-2) konkluderte med at bruken av «Norges-Is» som varekjennetegn gikk klar av varemerkeloven, men likevel var i strid med “god forretningsskikk” etter mfl. §1. Om suppleringsadgangen generelt, uttalte flertallet at:

«generalklausulen supplerer spesialbestemmelsene i markedsføringsloven og andre lover av konkurranserettslig betydning. Generalklausulen kan anvendes uavhengig av om tilfellet saklig sett også reguleres av en spesialbestemmelse».<sup>100</sup>

Generalklausulen blir gitt en selvstendig tilnærming, i motsetning til føringene i Mozell-dommen, hvor generalklausulen er av underordnet karakter. Forsiktigheten ved å anvende generalklausulen på forhold hvor vilkårene i spesialbestemmelsen ikke er oppfylt er forlatt, da generalklausulen skal behandles «uavhengig».

Retningslinjene harmonerer dårlig med tilbakeholdelsen utvist i Skilt-, Mozell- og LEGO-dommen. På en annen side er det tatt til orde for at Høyesterett tilslutter et «kategorisk prinsipp»<sup>101</sup>, hvorav det i underrettspraksis<sup>102</sup> eksplisitt er uttalt at immaterialbeskyttelse er uten betydning for oppfyllelse av markedsføringslovens vilkår.

Videre tar flertallet for seg *når* generalklausulen kan anvendes supplerende. Det blir stadfestet at supplerer etter generalklausulen må vurderes konkret i det enkelte tilfelle.<sup>103</sup> Kjernen i vurderingstemaet er «om det foreligger elementer i saken som ikke fanges opp av vedkommende spesialbestemmelse [varemerkeloven]», og som etter “hensynet til sunn konkurranse tilsier bør gis et vern som går ut over det som følger av spesialbestemmelsen”.<sup>104</sup> Et sentralt moment er «i hvilken utstrekning spesialbestemmelsen kan anses uttømmende å regulere den aktuelle situasjonen».<sup>105</sup> Mindretallet tilsluttet flertallets generelle uttalelser om

---

<sup>100</sup> S. 1323

<sup>101</sup> Lunde (2001) s. 222

<sup>102</sup> RG. 1998 s. 277 og RG 1981 s. 418

<sup>103</sup> s. 1323

<sup>104</sup> s. 1323

<sup>105</sup> s. 1323

forholdet mellom generalklausulen og spesialbestemmelser, men kom til et annet resultat.<sup>106</sup> Retningslinjene er også videreført i nyere praksis og må anses retningsgivende.<sup>107</sup>

Vurderingstemaet formulert av flertallet er derimot lite forenlig med deres innledende føringer, om at generalklausulen kan anvendes «(...) uavhengig av om tilfellet saklig sett også reguleres av en spesialbestemmelse». Om spesialbestemmelsen må anses «uttømmende» synes å være styrende da det omtales som et «sentralt moment». Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om Høyesterett faktisk fulgte sitt oppstilte vurderingstema. Det «sentrale momentet» er ikke å finne i den konkrete vurderingen.

Videre er «sunn konkurranse» angitt som et styrende hensyn. I vurderingstemaet synes derimot flertallet å verne om Norsk Iskrem BAs konkurranseposisjon, og dermed begrense konkurranse. Flertallet trekker frem at Iskrem BA var et «markedsledende selskap på 50%» som var «toneangivende ved kampanjen for å forhindre at svenske GB (...) fikk innpass på det norske markedet», og senere lyktes ved at «GB trakk seg ut». Videre fremheves at da «Norges-Is AS ble registrert (...) skjedde det på et tidspunkt da konkurrenten Norsk Iskrem BA (...) hadde anvendt betydelige ressurser til å fremheve fortreffeligheten ved norsk iskrem», og at dette talte for at bruk av Norges-Is AS som varekjennetegn var i strid med god forretningsskikk. Etter mitt syn kan det stilles spørsmål ved om dette var en investering som skulle hatt vern av hensyn til konkurransefrihet, og om dette var en snylting som burde forbys.

Det kan dermed settes spørsmålstegn ved hvorvidt den konkrete anvendelsen av de generelle retningslinjene er helt treffende, men det synes likevel enighet om de bærende hensyn. Det må foreligge elementer i saken som ikke fanges opp av vedkommende spesialbestemmelse og at hensynet til sunn konkurranse er retningsgivende for suppleringsspørsmålet.

### **3.2.2 Oppsummering og gjennomgående elementer**

Etter analysen av ovennevnt rettspraksis, er det klart at generalklausulen *kan* yte supplerende vern når de materielle vilkår etter spesialbestemmelsen ikke er oppfylt. Cirrusdommen og Iskremdommen åpner for en mer objektiv helhetsvurdering, mens Legodommen og Mozelldommen fokuserer mer på subjektiv klander. Likevel synes det enighet om at et

---

<sup>106</sup> s. 1328

<sup>107</sup> Eksempelvis Rt. 2004 s. 904 (Paranova) avsnitt 88

objektivisert perspektiv er mest tjenlig.<sup>108</sup> Det oppstilles krav om at det foreligger tilleggselementer, og ikke alle kritikkverdige forhold rammes, da det opereres med en terskel.

Ettersom illojale konkurransehandlinger kan være så mangt, vil et forsøk på en oppramsing komme til kort. Basert på hvilke typer tvister som er hyppigst oppe til behandling etter mfl. § 25 er det likevel hensiktsmessig å omtale hvilke som går igjen, og hvilke momenter som taler for at generalklausulen er overtrådt. Av typetilfeller er bruk og etterlikning av andres produkter ofte påberopt, slik som i Norsk Iskrem-, Mozell- og LEGO-dommen. I praksis og responsapraksis er det utkrystallisert seg momenter som her taler for overtredelse, herunder tidligere samarbeidsforhold mellom partene<sup>109</sup>, bevisst etterlikning<sup>110</sup>, ulikt styrkeforhold mellom partene<sup>111</sup>, tidligere krenkelser<sup>112</sup> og mangel på overholdelse av variasjonsplikten<sup>113</sup>. Oppstart av konkurrerende virksomhet og tredjemanns inngrep i kontraktsforhold er hyppig påberopt<sup>114</sup>, men ettersom slike handlinger også er egent til å fremme konkurranse, utgjør disse isolert sett ingen sterk rettslig beskyttelse etter § 25.<sup>115</sup> Slike kombinert med nedsettende omtale av en konkurrent, vil imidlertid lettere anses som uredelig konkurranse.<sup>116</sup> Negativ omtale i kommersiell sammenheng er også alene egnet til å stride med generalklausulen<sup>117</sup>, men ikke all «tendensiøs» og feilaktig omtale rammes.<sup>118</sup>

Typetilfellene kan hjelpe til et stykke på vei mot fastleggelsen av generalklausulens anvendelse, men opplistingen bør ikke anses uttømmende da dette motvirker formålet ved innføring av en generalklausul på området. Rettsvurderingen vil likevel falle tilbake på en konkret vurdering av det aktuelle tilfelle. Å anvende generalklausulen utenfor «typetilfellene» er på generelt grunnlag ikke ansett for å stride med EU-retten. Det må foretas en konkret undersøkelse om å anvende generalklausulen griper inn i «fri bruk» som EU-retten er ment å sikre.<sup>119</sup> Jeg vil behandle forholdet til EU-retten i kapittel 4.

---

<sup>108</sup> Lunde (2001) s. 275

<sup>109</sup> Se Rt. 1997 s. 199 (Cirrus) og NKU-2020-5 (SHE)

<sup>110</sup> 14-043818TVI-SUMO, NKU-2017-4, NKU-2016-6

<sup>111</sup> Se NKU-2020-5 (SHE),

<sup>112</sup> Rt. 2010 s. 110 (Dale)

<sup>113</sup> Rt. 1998 s. 1315 (Norsk Iskrem)

<sup>114</sup> Eksempelvis Rt. 1990 s. 607 (Viking) og LB-2012-35181

<sup>115</sup> Lunde/Michaelsen (2019) s. 303

<sup>116</sup> Se NKU-1988-8

<sup>117</sup> Se NKU-2010-3

<sup>118</sup> Se LB-2012-35181

<sup>119</sup> Fortalen punkt 10, C-516/17 og C-160/15

### 3.3 Kan prinsippet i Iskremdommen gjelde fullt ut også for forretningshemmeligheter?

Særlig interessant er spørsmålet om prinsippet i Iskremdommen gjelder fullt ut også for forretningshemmeligheter. Nærmere presisert – kan mfl. § 25 anvendes «uavhengig av om tilfellet saklig sett» også reguleres av forretningshemmelighetsloven, såfremt det foreligger elementer i saken som ikke fanges opp av vedkommende spesialbestemmelse, og hensynet til sunn konkurranse tilsier at det bør gis vern som går ut over det som følger av spesialbestemmelsen? Eller må en mer strengere vurderingsnorm legges til grunn, slik som for eksempel tilfeller hvor vernetiden er utløpt ved patent?

Anvendt på problemstillingen her, avhenger spørsmålet av hvorvidt man anser forretningshemmelighetsvernet eller legaldefinisjonen i § 2 som en positivrettslig regulering eller ikke. Med positivrettslig regulering menes reguleringer hvor motstridende interesser er trukket opp på en måte at de erklærer handlinger som forbudt, eller positivt tillatte. En parallell kan her trekkes til tilfellet i LEGO-dommen, hvor suppleringsbestemmelsen med generalklausulen bare helt unntaksvis tillates ved utløp av patentets vernetid. Det fremstår for meg som at Høyesteretts resonnering indikerer at dersom vilkårene i spesialbestemmelsen ikke oppfylles, blir en nærliggende tolkning at den aktuelle handling heller ikke bør *tillates*. Dette underbygges av at vernetiden er en positivrettslig regulering fastsatt av lovgiver selv. Spørsmålet er følgelig om vern for ubeskyttet informasjon også utgjør en slik forskyvning av lovgiverviljen slik som ved utløpt vernetid, hvor domstolen har uttalt at det må vises særlig varsomhet med suppleringsbestemmelsen.

Innen patentretten utgjør vernetiden en begrensning av eneretten, og er hovedsakelig ansett som et utslag av friholdelseshensynet. Dette kan blant annet begrunnes med at innehaver kan anses for å ha «høstet» sine goder innen dette tidsrommet, slik at innehavers beskyttelsesposisjon er forminskert, opp imot hensynet til samfunnets behov for fri utnyttelse. Behovet for vern etter markedsføringsloven kan i slike tilfeller følgelig tenkes mindre verneverdig. Her må det følgelig opereres med en høyere terskel for suppleringsbestemmelsen etter generalklausulen.

Spørsmålet er om samme tilnærming får anvendelse for opplysninger som faller utenfor forretningshemmelighetsvernet. Definisjonen utgjør eksplisitte kriterier for hvilke opplysninger som anses vernet etter loven. Formålet med terskelen som er oppstilt i forretningshemmelighetsloven § 2 bokstav c er å skape et skille for hvilke opplysninger som kvalifiseres som beskyttelsesverdige. Det nevnes uttrykkelig i direktivets forord at definisjonen

også er ment å «udelukke» opplysninger som anses ubetydelige.<sup>120</sup> Terskelen er følgelig ment å trekke en grense mellom opplysninger som skal være til fri bruk for allmennheten, og opplysninger som anses verneverdige etter loven.<sup>121</sup>

På en annen side kan det argumenteres for det ikke er helt treffende å adressere legaldefinisjonen som en positivrettslig regulering, i motsetning til vernetiden som utgjør et bestemt tidsrom eksplisitt gitt av lovgiverviljen. Om man oppfyller det kvalitative krav til «rimelig tiltak» etter § 2 bokstav c er en mer skjønnsmessig vurdering, og gir ikke eksplisitt uttrykk for lovgiverviljen som sådan.

Det kan eventuelt være nærliggende å skille mellom visse type opplysninger som kan anses for å være *mer* begrunnet av friholdeshensynet enn ellers, og av samfunnsmessige grunner bør holdes fritt for vern og en mer forsiktighet med å anvende § 25 også innenfor forretningshemmeligheter.

*Rognstad* har på opphavsretts område angitt slike eksempler som: funksjonelle elementer i brukskunstgjenstander eller kopiering av ideer, synspunkter eller faktaopplysninger i faglitterære verk.<sup>122</sup> Tilsvarende forsiktighet kan tenkes ved forretningshemmeligheter, men da for opplysninger som er tilknyttet de eksplisitt tillate handlinger etter direktivet art. 3 nr.1. Departementet fant ikke behov for å nedfelle art. 3 i selve forretningshemmelighetsloven da de mente handlingene allerede falt utenfor ulovlige handlemåter etter forretningshemmelighetsloven § 3.<sup>123</sup> Opplysninger som er involvert i noen av disse handlingene bør det utvises varsomhet ved å supplere. Jeg vil behandle dette nærmere i kapittel 4.

Likevel medfører den distinkte forskjell at forretningshemmelighetsvernet ikke utgjør noen enerett, at suppleringsvern for slike tilfeller følgelig ikke utgjør en tilsvarende trussel mot samfunnets tilgang på opplysninger. Friholdeshensynet utgjør følgelig ikke noe tungtveiende grunnlag for en slik generell reservasjon som for utløpt vernetid,<sup>124</sup> noe som taler for at prinsippet etter *Iskremdommen* må gjelde fullt ut ved spørsmål om suppleringsvern av ubeskyttede opplysninger.

---

<sup>120</sup> Fortalen punkt 14

<sup>121</sup> Riis/Schovsbo (2019) s. 90

<sup>122</sup> Rognstad (2019) s. 69

<sup>123</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 55

<sup>124</sup> Se Rt. 1994 s. 1584 (LEGO)

I kapittel 4.5 vil jeg oppstille noen eksempler for å illustrere tilfeller med behov for supplerende vern etter generalklausulen, hvor vurderingsnormen i Iskremdommen og ulike tilleggselementer legges til grunn. Eksemplene presenteres først i kapittel 4 slik at jeg også kan kommentere hvilken påvirkning EU-retten vil ha for suppleringsadgangen da dette vil danne et mer helhetlig bilde.

# 4 Setter EU-retten skranker for suppleringsadgangen?

## 4.1 Innledning

Forretningshemmeligheter er ansett som et av de fremste virkemidler for å beskytte kunnskap,<sup>125</sup> og ble i en studie av EU-kommisjonen ansett for å utgjøre minst like stor verdi som de klassiske immaterialrettighetene blant virksomheter.<sup>126</sup> På tross av dette var imidlertid forretningshemmelighetsvernet ansett betydelig svakere enn immaterialrettighetene, hovedsakelig på grunn av de innbyrdes forskjeller i de europeiske medlemsstatenes beskyttelsesmekanismer.<sup>127</sup> Selv innad Norden forekom store forskjeller. *Schovsbo* betegner forskjellene som å besøke et nordisk «koldtbord»<sup>128</sup>. Sverige var eneste land i Europa med egen forretningshemmelighetslov.<sup>129</sup> Felles for Norge, Danmark og Finland var forretningshemmeligheter vernet etter nokså identiske nasjonale markedsføringslover, både via spesialbestemmelser<sup>130</sup> og via regler om illojal konkurranse<sup>131</sup>.

Spørsmålet er om implementeringen av forretningshemmelighetsdirektivet tilsier at landene må endre måten de tidligere beskyttet forretningshemmeligheter på, eller i det minste justere den. Norge har som gjennomgangen i kapittel 3 viser, gitt supplerende vern for forretningshemmeligheter men også opplysninger som ikke kvalifiseres som slike, forutsatt at slike «tilleggselementer» foreligger etter generalklausulen i markedsføringsloven § 25.

Etter gjennomføringen av forretningshemmelighetsloven er Norge bundet av direktivet, dens fortale og tilhørende praksis.<sup>132</sup> Det er derfor hensiktsmessig å vurdere om supplerende vern etter § 25 utvanner harmoniseringsfunksjonen direktivet og terskelen i art. 2 er ment å sikre,

---

<sup>125</sup> Fortalen punkt 3

<sup>126</sup> COM 2013 813 s. 3

<sup>127</sup> Fortalen punkt 8

<sup>128</sup> (Min oversettelse), Schovsbo (2019) s. 1

<sup>129</sup> Lag om skydd för företagshemligheter (1990:409)

<sup>130</sup> Mfl. § 28, danske markedsføringsloven § 23, finske lagen om otilbörligt förfarande i näringsverksamhet § 4 (alle nå opphevet)

<sup>131</sup> Mfl. § 25, danske markedsføringsloven § 3, den finske Konsumentskyddslagen § 1

<sup>132</sup> TFEU art. 288 og EØS-avtalen art. 7

eller i det hele tatt direkte strider med direktivet. I det minste om det foreligger føringer for Norges handlingsrom for slike nasjonale variasjoner som supplerings med generalklausulen i lys av implementeringen.

## 4.2 Direktivets rammer - «gulv» og «tak»

I det følgende vil jeg foreta en analyse av hvilke rammer direktivet gir, da dette er hensiktsmessig for å angi hvilket rom det er for nasjonale tradisjoner – herunder supplerings etter generalklausulen. Direktivet som en internasjonal konvensjon må i det følgende tolkes i tråd med de internasjonale tolkningsnormer jf. homogenitetsprinsippet<sup>133</sup> og harmoniseringsprinsippet<sup>134</sup>.

Hvorvidt direktivet utgjør et minimums- eller totalharmoniseringsdirektiv vil ha betydning for direktivets evne til å begrense suppleringsadgangen etter mfl. § 25. Art. 1 nr. 1 fastlegger at gjenstanden for direktivet er regler for beskyttelse mot ulovlig bruk, erverv og formidling av forretningshemmeligheter. Videre presiseres at direktivet imidlertid ikke er til hinder for at medlemsstatene kan innføre «bestemmelser om en mere vidtgående beskyttelse» og må dermed anses som et minimumsdirektiv.<sup>135</sup> Med andre ord angir direktivet et «gulv»<sup>136</sup> eller minstekrav, for hvor mye vern landene er pliktig til å yte av hensyn til å etterleve EØS-avtalen. Som minimumsdirektiv, kan det følgelig sies å være relativt stort rom for slike nasjonale variasjoner.

Klassifiseringen som minimumsdirektiv bør imidlertid ikke tas for bokstavelig i de tilfeller hvor konvensjoner bygger på avveininger av ulike hensyn.<sup>137</sup> Art. 1 nr. 1 annet ledd angir som betingelse for slik vidtgående beskyttelse, at bestemmelser om blant annet visse lovlige handlinger og prosessuelle garantier likevel må «sikre[s] opprettholdelse». De oppramsede bestemmelsene i art. 1 nr. 1 annet ledd gir følgelig uttrykk for en totalharmonisering av disse områder, og kan derav bli omtalt som «tak».

Direktivet er et minimumsdirektiv, men inkluderer også uttømmende områder etter art. 1 nr. 1 der det ikke kan rokkes ved den beskyttelsen disse artikler skal ivareta av hensyn til deres

---

<sup>133</sup> EØS-Avtalen art. 6 og fortalen punkt 16

<sup>134</sup> EØS-Avtalen art. 1

<sup>135</sup> Underbygges også av fortalen punkt 10

<sup>136</sup> Kur (2008) s. 68

<sup>137</sup> Arnesen/Stenvik (2015) s. 22



respektive avbalanseringshensyn. Det er derfor krevende å utpensle handlingsrommet for supplerende vern etter generalklausulen.

Fortalen punkt 10 fastsetter ytterligere at direktivet ikke forhindrer økt beskyttelse «så lenge de garantier» som er uttrykkelig fastsatt i direktivet for beskyttelse av «andre parters interesser, overholdes». En tolkning av direktivet tilsier at «garantier» utgjør de mothensyn som er ment å avbalansere forretningshemmelighetsvernet, slik som arbeidstakers mobilitet, ytringsfrihet (undersøkende journalistikk) og varsling.<sup>138</sup>

De ovennevnte “gulv” og “tak” angir derav et rammeverk for tolkningen av rekkevidden av den beskyttelse som kan tildeles etter norsk rett for ikke å stride direkte med våre EØS-forpliktelser. Rammeverket påvirker følgelig adgangen til å supplere med generalklausulen i mfl. § 25.

#### **4.2.1 Er Artikkel 2 underlagt minimum- eller totalharmonisering?**

Ved spørsmål om adgangen til å yte supplerende vern for opplysninger som faller utenfor terskelene opptegnet av direktivet i art. 2, er det følgelig interessant å undersøke hvor legaldefinisjonen befinner seg innenfor rammeverket.

Legaldefinisjonen for «forretningshemmeligheter» i art. 2, er ikke nevnt i oppramsingen i art. 1 nr. 1 som gir uttrykk for de totalharmoniserte områder i direktivet. Dette taler for at bestemmelsen kun er underlagt minimumsbeskyttelseskravet. Dersom art. 2 må anses minimumsharmonisert, vil ytelse av supplerende vern for opplysninger som faller utenfor legaldefinisjonen, heller ikke motvirke direktivets «rammer» nevneverdig. Utelatelsen av art. 2 taler for at Norge gis et viss rom når det kommer til å yte supplerende vern for opplysninger som faller utenfor legaldefinisjonen.

*Riis og Schovsbo* hevder imidlertid at bestemmelsen «skal oppfattes som totalharmoniserende»<sup>139</sup>. Slik klassifisering synes noe betenkelig, i lys av at direktivet faktisk utgjør et minimumsdirektiv og det eventuelt må foreligge andre rettskilder av tyngde for å fravike dette som utgangspunkt.

---

<sup>138</sup> Fortalen punkt 19-21

<sup>139</sup> Riis/Schovsbo (2019) s. 86

Som utgangspunkt har ordlyden stor tyngde ved traktatolkninger.<sup>140</sup> For konvensjoner som har et fremtredende harmoniseringsformål, gjelder ikke dette utgangspunktet like sterkt.<sup>141</sup> For konvensjonsfortolkninger, kan direktivets formål og forarbeider anses nærmest like viktig.<sup>142</sup> Fortalen punkt 14 gir uttrykk for direktivets formål hvor det er viktig å «vedtage en ensartet definition af forretningshemmelighed[er]». Fortalen punkt 14 sammenholdt med det faktum at selve formålet med direktivinnførelsen var nettopp å forhindre forskjellene på rettslig beskyttelse av forretningshemmelighetene som fantes blant medlemsstatene, taler for at art. 2 bør anses totalharmonisert og «overholdes».

EU-domstolen har foreløpig ikke eksplisitt omtalt begrepet forretningshemmelighet som autonomt, men i lys av at direktivet har angitt en legaldefinisjon med disse tilhørende formål, er det stor sannsynlighet for at de i senere tid vil gjøre det.<sup>143</sup> En slik forståelse fremstår også i tråd med effektivtetsprinsippet (effet utile) om effektivisering av direktivets formål.

En virkning av at art. 2 anses totalharmonisert, er at medlemsstatene eksempelvis ikke kan innføre og anvende et videre forretningshemmelighetsbegrep, enn det som følger av art. 2.<sup>144</sup> En utvidelse av forretningshemmelighetsbegrepet vil ikke utgjøre en «mere vidtgående beskyttelse»<sup>145</sup> av forretningshemmeligheter, men heller en utvidelse av den materielle rettsbeskyttelse for informasjon som egentlig var ment å falle utenfor. I forlengelsen av dette, kan det stilles spørsmål ved rekkevidden for et område utenfor EU-rettens nedslagsfelt. Opplysninger som ikke anses som forretningshemmeligheter ligger reelt sett utenfor forretningshemmelighetsvernet, og er dermed ikke underlagt harmonisering overhodet. Heller ikke reglene om illojal konkurranse er underlagt harmonisering gjennom direktivforpliktelser.

Dersom art. 2 må anses totalharmonisert, vil det likevel være mulig å beskytte annen type informasjon og taler for at vi kan fortsatt opprettholde supplerende beskyttelse etter mfl. § 25. Samme synspunkt synes å legges til grunn etter dansk rett, hvor den danske generalklausulen i markedsføringsloven § 3 fortsatt skal kunne anvendes i tilknytning til forretningshemmelighetsområdet.<sup>146</sup> Det kan imidlertid argumenteres for at en

---

<sup>140</sup> Wien-konvensjonen art. 31

<sup>141</sup> Arnesen/Stenvik (2015) s. 31

<sup>142</sup> Arnesen/Stenvik (2015) s. 35

<sup>143</sup> Se tilsvarende betraktninger i Schovsbo (2019) s. 3

<sup>144</sup> Sverige har innført et tilleggsvilkår som eventuelt kan anses som en motvirkning av direktivet «och vars röjande är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende för innehavaren» jf. FHL § 2 nr. 4.

<sup>145</sup> Fortalen punkt 10

<sup>146</sup> Schovsbo mfl. (2018) s. 459

totalharmonisering av art. 2 muligens utgjør en noe høyere terskel for supplerende vern for opplysninger som faller utenfor, men dette gjenstår å se i påvente av uttalelser fra EU-domstolen.

### **4.3 Ikke til «hensigt å reformere eller harmonisere»**

Som tidligere nevnt, har det vært en rettstradisjon i både Norge, Tyskland og Norden ellers, å yte supplerende vern gjennom de respektive lands generalklausuler i markedsføringsloven for å ramme illojal konkurranse. Spørsmålet er hvordan direktivet forholder seg til markedsføringslovene.

Forholdet til nasjonale lover om “illoyal konkurrence” blir omtalt i fortalen punkt 17 og kan gi en ytterligere veiledning for adgangen til å supplere forretningshemmelighetsloven med vern etter mfl. § 25. Det følger av fortalen punkt 17 at frembringere uten enerettigheter kan oppleve snylting på sitt omdømme og innovasjonsinnsats, særlig ettersom «reverse engineering» (eller omvendt utvikling) etter direktivet er en lovlig handling. Videre fremheves det at visse «nationale love[r] vedrørende illoyal konkurrence omhandler sådan praksis». En kontekstuell tolkning taler for at direktivet følgelig anerkjenner at regler om «illoyal konkurrence» kan gi supplerende vern på området, og følgelig ikke stenger døren for bruk av generalklausulen.

Det følger av punktets siste setning at:

“Selv om dette direktiv ikke har til hensigt at reformere eller harmonisere lovgivningen om illoyal konkurrence generelt, bør Kommissionen nøje undersøge behovet for EU-foranstaltninger på dette område”.

Meningsinnholdet må betegnes noe vagt, men jeg legger til grunn at fortalepunktet kan tas til inntekt for tolkning av direktivet, og ikke kun utgjør en henvisning til Kommisjonen. Fortalepunktet understreker at forretningshemmelighetsdirektivet ikke skal «reformere» statenes regelverk om illojal konkurranse. Dette taler for at direktivet ikke har til formål å endre den tidligere adgangen til å supplere med mfl. § 25, og at forretningshemmelighetsdirektivet ikke skal rokke ved regelverk om illojal konkurranse. I forlengelsen av dette er ikke reglene om illojal konkurranse harmonisert av EU, men fortalen adresserer et behov for å harmonisere også dette området i fremtiden. Poenget fremstår for meg som at EU er klar over konfliktpotensialet omkring spesielt «reverse engineering», og signaliserer behovet for å finne en balanse mellom

de interesser som her utspiller seg. Hensynet til at «reversed engineering» er en lovlig handling, opp imot behovet for vern mot kritikkverdige utnyttelser.

Til tross for at fortalen stadfester at direktivet ikke har «til hensikt» å «harmonisere» reglene om illojal konkurranse, kan det likevel settes spørsmålsteget ved om presumsjonsprinsippet begrenser bruken av generalklausulen, hvor løsninger motvirker reglene og «de garantier» direktivet fastsetter.

## 4.4 Hvor langt rekker harmoniseringsformålet?

Avhandlingen handler om supplerende vern for opplysninger som ikke gis vern etter forretningshemmelighetsdirektivet, etter manglende oppfyllelse av kravet til beskyttelsestiltak, som ble skjerpet etter direktivgjennomføringen jf. Kapittel 2.2.

Det alminnelige utgangspunkt er at forretningshemmelighetsdirektivet ikke kan sette føringer for hvilke alternative beskyttelsesmekanismer de nasjonale stater anvender på informasjon som ikke utgjør en forretningshemmelighet. Dette underbygges av statenes suverenitet.

I forlengelsen av dette er det likevel avgjørelser fra EU-domstolen som gjør det aktuelt å vurdere hvor fritt statene egentlig står. Jeg vil i det følgende oppstille to ytterpunkter basert på tilnærminger anlagt av EU-domstolen ved spørsmål av lignende karakter. Videre vil jeg kommentere om disse løsningene også kan nyttes ved tolkningen av forretningshemmelighetsdirektivet i forhold til suppleringsspørsmålet.

Det ene ytterpunktet, går ut på at så lenge opplysningene ikke omfattes av forretningshemmelighetsdirektivets legaldefinisjon, kan heller ikke direktivet få noen innvirkning overhodet. Avgjørelsen C-30/14 (Ryanair) om databasedirektivet<sup>147</sup>, trekker i nokså lik retning. PR Aviation ble saksøkt av Ryanair for inngrep i sistnevntes database og brudd på deres brukervilkår om nektelse av prissammenligning til kommersiell bruk.

EU-domstolen kom frem til at databasen ikke var beskyttet etter databasedirektivet, og derfor ikke ble omfattet av direktivets preseptoriske bestemmelser.<sup>148</sup> Direktivets regler om at man ikke kan nekte slik bruk av enkeltopplysninger fikk dermed ingen betydning i saken. Databasedirektivet er etter C-604/10 (Football Dataco) å anse som et

---

<sup>147</sup> 96/9/EF

<sup>148</sup> Avsnitt 44

totalharmoniseringsdirektiv, i motsetning til forretningshemmelighetsdirektivet som er et minimumsdirektiv. Til tross for at C-30/14 (Ryanair) gjaldt spørsmål om supplerende vern via avtale, er det interessant at EU-domstolen nedla en slik tilnærming. Særlig med tanke på at statene ikke har handlingsrom til å motvirke løsninger etter et totalharmoniseringsdirektiv. For forretningshemmelighetsdirektivet som er minimumsharmonisert, taler dette for at tilsvarende handlingsrom også bør kunne aksepteres, slik at opplysninger som faller utenfor direktivet skal være upåvirket av forretningshemmelighetsdirektivet.

Synspunktet må etter min mening likevel modereres når det gjelder spørsmål om tilleggsbeskyttelse etter lov og forholdet til forretningshemmelighetsloven. Det blir en for enkel løsning at medlemslandene fritt kan anvende nasjonale lover hver gang et tilfelle nettopp ikke oppfyller tersklene fastsatt av et EU-direktiv. Tersklene i direktivene ville ellers blitt illusorisk. Dette harmonerer dårlig med at statene gjennom direktivinnføringen er bundet til sikring av «visse garantier» etter fortalen punkt 10 og de handlinger som skal anses eksplisitt tillatt etter art. 3.

Et annet ytterpunkt, er at harmoniseringsforpliktelsene etter forretningshemmelighetsdirektivet også har en smitteeffekt til områder som ligger utenfor, slik at harmoniseringen knytter seg til selve det nasjonale «system». Slikt synspunkt kommer til uttrykk i eksempelvis C-661/11 (Martin Y Paz) og C-402/03 (Skov Æg mot Bilka Lavprisvarerhus A/S).

Nasjonal lovgivning og domstolenes anvendelse av denne, må ikke stride med regler som har til formål å harmonisere EU-retten på et område. Til tross for at EU-domstolen i C-661/11 (Martin Y Paz) tok stilling til adgangen til supplerer i et varemerkerettslig perspektiv, kan dommen få overføringsverdi til denne oppgaven av systemhensyn ettersom varemerkeretten og markedsføringsloven står i et nært forhold til forretningshemmeligheter.

Dommen gjaldt spørsmål om anvendelse av en generalklausul for å begrense enerettens rekkevidde, men som etter mitt syn er like relevant for det motsatte, nemlig at generalklausuler utvider rettighetsbeskyttelsen i strid med harmoniseringsformålet. Et hovedspørsmål var om nasjonale bestemmelser om illojal konkurranse kunne avskjære eneretten som fulgte av varemerkedirektivet, som for øvrig er minimumsharmonisert.<sup>149</sup> Nasjonale regler om illojal

---

<sup>149</sup> EU 2015/2436 fortalen punkt 40

konkurransen kunne likevel ikke begrense eneretten som fulgte av varemerkedirektivet, da dette ville vært et inngrep i varemerkerettens funksjon.<sup>150</sup>

Harmoniseringsforpliktelsene etter varemerkedirektivet hadde derav en smitteeffekt til de *uharmoniserte* regler om «unfair competition» (Etter norsk lov tilsvarer dette mfl. § 25). I samme retning innenfor produktansvarsdirektivet<sup>151</sup>, kunne ikke statene anvende «en generell produktansvarsordning, der er forskjellig fra den i direktivet[s]»<sup>152</sup>. Direktivet er imidlertid totalharmonisert jf. C-52/00 (Commission mod France). Anvendt på avhandlingens tema, kan tilnæringsmåten til EU-domstolen tas til inntekt for at supplerende vern utenfor forretningshemmelighetsdirektivet ikke kan benyttes til å motvirke harmoniseringsformålet i sistnevnte. Dette til tross for at markedsføringslovens regler ikke er harmonisert av EU.

Martin y Paz har imidlertid blitt kritisert av *Kur* som tar til orde for at domstolens resultat “appears unsatisfactory”<sup>153</sup>, da det forelå klare indikasjoner på illojal opptreden. Domstolens resonnement baserte seg imidlertid på at handlingsrommet til å anvende nasjonal konkurranselovgivning måtte avskjæres, til fordel for en ren varemerkerettslig vurdering.

Jeg er enig i kritikken fra *Kur*, da hensynet til å finne rimelige løsninger fort kan bli betydelig svekket. Det kan argumenteres for at dersom det foreligger aksept for bruk av generalklausuler i slike tilfeller, som virkemiddel av nasjonale domstoler, bør det motsetningsvis ikke være opp til EU-regelverket å anføre andre løsninger enn denne, såfremt man nettopp har avstått fra å fullharmonisere området. Hverken forretningshemmeligheter eller regler om illojal konkurranse er totalharmonisert av EU.

Tilnæringsmåten i Martin Y Paz utgjør en noe uproporsjonal vekting av å oppfylle harmoniseringsmålet, særlig når et direktiv er minimumsharmonisert. Konservatismehensyn spiller også inn. Vi står i fare for å miste de nasjonale spesialitetene de enkelte medlemsland har en lang rettstradisjon og effektivitet av, dersom domstolenes handlingsrom skal strippest blindt for å oppnå harmonisering med det mest umiddelbare rettsområdet. Fremfor å forkaste nasjonale spesialiteter, kan det argumenteres for at EU bør innføre presiseringer om hvordan forholdet til tilgrensende overlappinger som «unfair competition» eller markedsføringsrett, bør håndteres. Noe fortalen punkt 17 tilsynelatende også gir uttrykk for.

---

<sup>150</sup> Avsnitt 55

<sup>151</sup> Direktiv 85/374/EØF

<sup>152</sup> C-402/03 avsnitt 39

<sup>153</sup> *Kur* (2014) s. 450

På en annen side kan det argumenteres for at forretningshemmelighetsloven må anses «lex specialis» i forhold til markedsføringsloven. Mangelen på enerettsbeskyttelse etter direktivet vitner også om en mer markedsføringsrettslig tilnærming. En virkning av dette, er at tilfeller som klart omfattes av forretningshemmelighetslovens regulering, ikke kan anvende markedsføringsloven til å oppnå en rettsstilling som avviker fra forretningshemmelighetslovens system. Det er derfor nærliggende at ringvirkningene fra harmoniseringsformålet etter forretningshemmelighetsdirektivet også får betydning for suppleringsadgangen, i det minste for tilfellene som er eksplisitt tillatt av direktivet. Dette har nasjonalstatene forpliktet seg til gjennom medlemskap i EØS og implementeringen av direktivet. Harmoniseringsforpliktelsen Norge er bundet av etter forretningshemmelighetsdirektivet, kan følgelig ha ringvirkninger til også uharmoniserte områder, slik at man ikke kan motvirke eller tilsidesette det generelle system som kommer til uttrykk i direktivet.

## **4.5 Eksempler med behov for supplerende vern opp imot normen i Iskremdommen og «ringvirkningene»**

For å trekke det teoretiske ned på et praktisk plan, vil jeg fremlegge fem ulike eksempler som er egnet til å belyse et behov for supplerende vern etter mfl. § 25. Eksempelene vurderes opp imot vurderingsnormen i kapittel 3.4 og direktivets rammer fastlagt i kapittel 4.2 og «ringvirkningene» gjennomgått i kapittel 4.4 Det er en forutsetning i eksemplene nedenfor, at opplysningene ikke er vernet etter forretningshemmelighetsloven som følge av at kravet til beskyttelsestiltak i bokstav c ikke er oppfylt.

### **4.5.1 To konkurrerende næringsdrivende**

Det første eksemplet bygger på den østerrikske høyesterettsdommen OGH 4 Ob 165/16t, og viser forholdet mellom to konkurrerende næringsdrivende.

Hovedspørsmålet i dommen var om det forelå rettsstridig befatning av tredjeparts forretningshemmeligheter etter § 11 (2) UWG (Tilsvarende opphevede mfl. § 28<sup>154</sup>). Partene i saken var konkurrerende produsenter av billettsystemer for skianlegg, heretter selskap A og B. Selskap A lagret diverse kundeinformasjon på servere som kundene selv hadde tilgang til via

---

<sup>154</sup> Det praktisk viktigste rettsgrunnlag som hjemlet vern mot utnyttelse av «bedriftshemmeligheter» før forretningshemmelighetslovens ikrafttredelse 1. januar 2021.

passordinnlogging. En ansatt i selskap B oppdaget et sikkerhetshull i selskap As system og fikk tilgang til kundedataene ved å omgå innloggingsprosessen. Slik tilgang krevde særskilt IT-kunnskap og var ikke-offentlig informasjon. Den ansatte i selskap B omgikk passordbeskyttelsen cirka 12 ganger, hvor dataen deretter ble fremlagt som sikkerhetsmangler i en rekrutteringsprosess rettet mot selskap As rammede kunder. Informasjonen ble også bruk som ledd i rekruttering av nye potensielle kunder. Saksøkte påberopte at dataene ikke var forretningshemmeligheter fordi beskyttelseskravet etter art. 2 nr. 1 bokstav c («has been subject to reasonable steps») ikke var oppfylt.

Hvorvidt sikkerhetshullene utelukket eksistensen av en forretningshemmelighet ved manglende oppfyllelse av beskyttelseskravet i art. 2 nr. 1 bokstav c var irrelevant, ettersom avgjørelsen ble avsagt før EU 2016/943 ble implementert.<sup>155</sup> Høyesterett (Oberster Gerichtshof) viste til at de omtvistede dataene nok måtte regnes som forretningshemmeligheter etter daværende lov, som i likhet med opphevede mfl. § 28 gjennomgått i kapittel 2, hadde en betydelig lavere terskel enn etter direktivet. Hvorvidt det var truffet rimelige beskyttelsestiltak var ikke avgjørende, da tilfellet uansett var i strid med god forretningsskikk etter § 1 UWG (tilsvarer mfl. § 25).

Dommen eksemplifiserer et tilfelle som også etter norsk rett kanskje ville hatt behov for supplerende vern etter mfl. § 25, særlig under den forutsetning at terskelen i § 2 bokstav c etter direktivimplementeringen nå anses skjerpet fra tidligere rettstilstand.

Forekomsten av «hacking», negativ omtale og inngrep i andres kontraktsforhold, utgjør etter norsk rett relevante tilleggsmomenter ved vurderingen av om handlingen er i strid med god forretningsskikk. Å henvende seg til en konkurrents kunder vil ikke i seg selv kunne anses illojalt i vurderingen, ettersom dette er en ren konkurransehandling. Her hvor dette skjer i *kombinasjon* med å bruke «sikkerhetshullene» til å så tvil om selskap A, kan elementet derimot tillegges vekt, da dette strider mot hensynet til sunn konkurranse og må anses uredelig.<sup>156</sup>

Når det gjelder «ringvirkningene» og rammene etter forretningshemmelighetsdirektivet, har jeg vanskeligheter for å se at eksemplet strider med «de garantier» direktivet er ment å bevare. Herunder arbeidstakers mobilitet, yringsfrihet og varsling. Hensynet til å fremme sunn konkurranse bør overstyre hensynet til at konkurrenten bør få tak i opplysningene under slike premisser. At slike klanderverdige handlinger heller ikke er ønsket av Kommisjonen,

---

<sup>155</sup> Avsagt 25. Oktober 2016

<sup>156</sup> I samme retning NKU-1988-8, Lunde/Michaelsen (2019) s. 303



underbygges av forslaget til forretningshemmelighetsdirektivet, hvor det oppfordres til å «konkurrere om innovation, men at det ikke er tilladt at snyde, stjele eller bedrage».<sup>157</sup>

#### **4.5.2 “Catch all”-klausul og ny konkurrerende virksomhet**

Et annet eksempel egnet til å illustrere behovet for en supplerings med generalklausulen er følgende:

Arbeidsgiver har anvendt en «catch all»-klausul som innebærer at all informasjon som de ansatte oppnår på arbeidsplassen, ikke lovlig kan brukes etter endt arbeidsforhold. Hvilke opplysninger som omfattes spesifiseres ikke nærmere slik at all informasjon inngår. Det forutsettes at klausulen alene ikke utgjør et tilstrekkelig beskyttende tiltak og at dette vilkåret dermed ikke er oppfylt. Arbeidstaker tar med seg opplysninger fra selskapet og oppretter en konkurrerende virksomhet i oppsigelsesperioden, kombinert med negativ omtale av selskapet. Opplysningene ligger i grenseland for hva som anses som en «almennelig erfaring» eller «ferdighet» tilegnet under virksomheten etter forretningshemmelighetsloven § 2 (2) og art. 1 nr.3 bokstav b.

Spørsmålet er i hvilken grad man kan supplere med mfl. § 25 for opplysninger som ligger i grensetilfelle for hva lovgiver og direktiv har ansett som eksplisitt lovlige å skulle ta med seg etter forretningshemmelighetsloven § 2 (2) og art. nr. 3 bokstav b. Når man her befinner seg i et grensetilfelle, vil hensynet til arbeidstakers mobilitet etter art. 1. nr. 3 bokstav b og fortalen punkt 19-21, samt direktivets ringvirkninger, sette skranker for suppleringsadgangen. Suppleringsen står i fare for å direkte motvirke direktivets formål om å forhindre at arbeidstakere i realiteten ikke kan skifte jobb. Videre følger det eksplisitt av art. 1 nr. 3 bokstav a, at det ikke er anledning til å begrense arbeidstakers bruk av opplysninger som «ikke udgør en forretningshemmelighet», da dette vil begrense arbeidstakers mobilitet.

Art. 1 er ikke totalharmonisert slik som eksempelvis art. 3, men å komme til en løsning etter mfl. § 25 som direkte vil motvirke det eksplisitte forbudet i art. 1 nr. 3 vil kunne tilsidesette harmoniseringsforpliktelsen vi er bundet av, i lys av ringvirkningene harmoniseringen skaper som fremlagt i kapittel 4.4.

---

<sup>157</sup> COM (2013) 813 s. 1

I dette eksemplet vil hensynet til arbeidstakers mobilitet, sammenholdt med at man befinner seg nære hva som skal anses eksplisitt tillatt, tale for at kun den negative omtale kan vektlegges etter mfl. § 25. Oppstart av en konkurrerende virksomhet er i seg selv ikke kan anses illojalt, men heller konkurranséfremmende. Dette til tross for at handlingen i seg selv rent subjektivt kan fremstå illojal overfor den tidligere arbeidsgiver. Det må tillegges at ikke enhver negativ omtale alene strider med § 25, da det opereres med en terskel jf. Rt. 1995 s. 1908 (Mozell).<sup>158</sup>

Ytringsfrihet er en av de «garantier» direktivet skal sikre og ikke berøre etter art. 1. nr. 2 bokstav a, slik at det kan stilles spørsmål ved om omtale av konkurrenter kan trekkes inn i vurderingen etter § 25. Kommersiell omtale omfattes også av prinsippet om ytringsfrihet nedfelt i Grl. 100, EMK art. 10 og SP art. 19 (2).<sup>159</sup> Det må likevel bemerkes at kommersielle ytringer ikke nyter likte sterkt vern som ytringer av allmenn interesse, slik som politiske eller vitenskapelige.<sup>160</sup> Behovet for negative ytringer egnet til å skade konkurrenter er ikke en verneverdig interesse, holdt opp imot hensynet til sunn konkurranse som søkes opprettholdt etter generalklausulen. Innskrenking av ytringsfriheten ved å ramme slik negativ omtale er følgelig ikke i strid med konvensjonen, da inngrepet nokså klart ligger innenfor grensene i EMK art. 10.<sup>161</sup>

Under forutsetning om at slike «catch all»-klausuler ikke nødvendigvis lengre kan omfattes som et tilstrekkelig beskyttelsestiltak overfor arbeidstaker, kan det tenkes at også tilfeller som tidligere ble tilkjent vern etter «sum av viten», kanskje vil trenge supplerende vern etter § 25 i lys av den nye loven og direktivets ringvirkninger. Vern etter «sum av viten» ble nylig lag til grunn i eksempelvis LF-2020-92904.<sup>162</sup> Arbeidsgiveren hadde bruke mange år og betydelige kostnader på å utvikle et kjernebor som var enerådende på verdensmarkedet. En tidligere ansatt opparbeidet seg kunnskap om kjerneboret, og benyttet informasjonen til å utvikle et konkurrerende produkt. Erfaringsbasen utgjorde «sum av viten» som var vernet som forretningshemmeligheter. Dommen belyser at tidligere ansatte må være forsiktig med å utnytte kunnskap og erfaring opparbeidet hos arbeidsgiver, selv hvis kunnskapen kun befinner seg i personens hode. Hensynet til arbeidstakers mobilitet etter direktivet kan imidlertid nyansere dette synspunktet, slik at «sum av viten»-tilfellene kanskje ikke rekker særlig langt etter

---

<sup>158</sup> Se også NKU-2017-3

<sup>159</sup> Andenæs/Fliflet (2017) s. 512

<sup>160</sup> Lunde (2001) s. 461

<sup>161</sup> Særlig av hensyn til «å verne andres omdømme» jf. Art. 10 (2)

<sup>162</sup> HR-2021-1482-U (Anke nektet fremmet)

forretningshemmelighetsdirektivet, også i lys av at arbeidsgiver lettere blir ansett for å ikke ha sørget for tilstrekkelige beskyttelsestiltak.

### **4.5.3 Næringsdrivende i prekontraktuell fase**

Et tredje eksempel på behovet for en supplerende generalklausul er hvor A og B har vært i en prekontraktuell fase:

Selskap A og B står i forhandlinger med hverandre om et fremtidig samarbeid. Selskap A er en start-up som har nedlagt betydelige ressurser til å utvikle en tjeneste som nå søker et partnerskap med selskap B, som er en velkjent aktør. Selskap A deler viktig kommersiell informasjon tilknyttet sin tjeneste, med B. Samarbeidet blir omsider avbrutt og selskap B trekker seg ut som investor. Selskap B produserer og selger deretter en identisk tjeneste og hevder det ikke forelå noen forretningshemmelighet etter § 2 da det forelå manglende beskyttelsestiltak.

Det ulike styrkeforhold mellom forretningspartene kan inngå som et element i illojalitetsvurderingen etter § 25, ettersom utnyttelse av nyoppstartede aktører motvirker lovens formål om sunne konkurranseforhold.<sup>163</sup> At det forelå et tidligere samarbeid mellom partene sammenholdt med forhandlinger i ond tro, er av rettspraksis ansett som stridende med generalklausulen.<sup>164</sup> Videre anvendes informasjonen til å selv opprette en tilnærmet komplett etterligning av As viktigste tjeneste. Det kan her ikke sies å foreligge en strid med de eksplisitt tillatte handlinger etter direktivet, eller «de garantier» Norge er forpliktet til å sikre. Dette taler for at man bør kunne supplere med vern etter mfl. § 25 uten at direktivet setter hindringer for dette.

### **4.5.4 “Reverse engineering” og oppstart av konkurrerende virksomhet**

Et siste eksempel som kan fremlegges er hvor det foreligger en «reverse engineering» eller omvendt utvikling:

Et produkt ble utlånt fra A i uttalt fortrolighet (forutsetningsvis), til B som del av en forhandling med sikte på fremtidig samarbeid. Det ble ikke undertegnet noen

---

<sup>163</sup> Se NKU-2020-5 (SHE)

<sup>164</sup> Se Rt. 1959 s. 712 (Skilt) og LB-2008-17240 (Flexiped)

konfidensialitetsavtale eller eksplisitt forbud mot «reverse engineering». Opplysningene er følgelig ikke nødvendigvis beskyttet etter forretningshemmelighetsloven, grunnet manglende beskyttelsestiltak. B «reverse engineerer» As produkt og satte dette i omsetning. A rakk følgelig ikke selv å få satt produktet på markedet først.

Etter art. 3 nr. 1 bokstav b er det eksplisitt tillatt å tilegne seg forretningshemmeligheter ved «reverse engineering». «Reverse engineering» tilsier at forretningshemmeligheten utledes ved «observasjon, undersøkelse, demontering eller testing av et produkt eller en gjenstand»<sup>165</sup>. For at reverseringen skal være ansett som lovlig, forutsettes det at personen er i besittelse av objektet hemmeligheten utledes fra, på en lovlig måte.<sup>166</sup>

Lovgiver unnlot imidlertid å implementere art. 3 da de anså dette «overflødig», begrunnet av at opplistingen i art. 3 etter en naturlig tolkning av art. 4, klart ikke utgjorde ulovlige handlemåter.<sup>167</sup> Et annet spørsmål, men som ikke skal besvares i oppgaven her, er om Norge ved å unnlate å innføre art. 3 har begått en feilimplementering av direktivet og dermed utgjør et traktatbrudd.

Som redegjort for i punkt 4.4, har direktivet ringvirkninger til uharmoniserte områder, slik som reglene om illojal konkurranse i markedsføringsloven. Etter art. 3 nr. 1 bokstav b er “reversed engineering” en eksplisitt tillatt handling og det må derfor være utelukket å komme frem til at selve reverseringen i seg selv strider med “god forretningsskikk” etter mfl. § 25. Dette underbygges av at art. 3 som nevnt utgjør et totalharmonisert område jf. Art 1 nr.1.

Når det gjelder spørsmål om supplerende vern for ubeskyttede opplysninger, vil direktivets ringvirkninger følgelig kunne påvirke. Det kan vanskelig argumenteres for at reversering som skjer med henblikk på å oppnå informasjon som ikke en gang utgjør en forretningshemmelighet, skal anses for å stride med mfl. § 25, når reversering av beskyttet informasjon er lovlig. Systemhensyn gjør seg her gjeldende da forretningshemmelighetsloven kan anses som en spesialregulering i forhold til markedsføringsloven.

Som i eksemplet over, kan objektet lovlig være i B`s besittelse. Det foreligger følgelig en lovlig «reversed engineering». Selv om selve «avsløringen» av hemmelighetene via «reversed engineering» ikke kan anses rettsstridig etter direktivet, kan det likevel ikke utelukkes at

---

<sup>165</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 35

<sup>166</sup> Fortalen punkt 16

<sup>167</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s. 55.

hemmelighetene blir utnyttet på en kritikkverdig illojal måte, og at det vil være nødvendig å bruke mfl. § 25 som en sikkerhetsventil for å kunne gripe inn.

A delte informasjon og sitt produkt med tanke om at man skal inngå et samarbeid, men glemte å be motparten signere en konfidensialitetsavtale. Til tross for at det ikke ble inngått noen samarbeidsavtale, foreligger likevel en berettiget forventning om lojalitet som vist i Rt. 1959 s. 712 (Skilt) og LB-2008-17240 (Flexiped). A hadde ikke lansert sitt produkt på markedet enda, og B får en «first-mover advantage» som bygger direkte på As forhold. Å være først ut vil være kritisk særlig innenfor teknologi og innovasjonsbransjen.

Etter den skjerpede terskel i forretningshemmelighetsloven er kanskje ikke As forhold særlig beskyttelsesverdig, fordi man ikke har utført tilstrekkelig beskyttelsestiltak. Det er likevel ingen tvil om at «reversed engineering» som skjer i ond tro om at man bygger på andres hemmeligheter, ettersom As produkt ikke er lansert, kan betegnes illojalt. I lys av at «reversed engineering» er lovlig, vil kanskje likevel det å benytte seg av muligheten, tale for at illojalitetsstemplet bør reserveres for andre tilfeller.

Handlinger som innebærer “reversed engineering” kan imidlertid gå for langt, særlig i etterkant av prosessen med reverseringen. Tilsvarende for metoder ved anskaffelsen av eksempelvis «objektet» som inneholdt forretningshemmelighetene før selve reverseringen.

Samme synspunkt kan trekkes fra fortalen punkt 17, som eksplisitt bemerker at regler om illojal konkurranse kan få betydning ved «parasitic copying» når det gjelder selve resultatet av reverseringen. Dette taler for at selve handlingen, «reversed engineering», ikke kan vektlegges som en illojal konkurransehandling i seg selv etter mfl. § 25.

Likevel indikerer fortalen at direktivet ikke vil stå i veien for at tilfeller av «slavish imitation» og «parasitic copying» kan rammes av markedsføringsloven. Slik at hvor det foreligger illojal etterligning eller hvor funnene av reverseringen er utnyttet på en annen kritikkverdig måte, bør dette kunne rammes av § 25.

I eksemplet oppstilt, er det kanskje mest rimelig at A må lide for å ikke ha beskyttet tingen gjennom konfidensialitetsforpliktelser, og «reversed engineering» som nevnt er en eksplisitt tillat handling. Samme synspunkt synes å gjelde etter dansk rett, hvor teoretikere (*Udsen, Riis*

og *Schovsbo*) hevder at for eksplisitte handlinger som «reversed engineering», vil danske domstoler være ute av stand til å anvende «supplementary protection via the general clause».<sup>168</sup>

---

<sup>168</sup> Schovsbo mfl. (2018) s. 460

## 5 Avsluttende bemerkninger

Helt overordnet har oppgaven tatt sikte på å avdekke virkninger ved implementeringen av forretningshemmelighetsdirektivet til norsk rett. Herunder om og eventuelt hvilket handlingsrom både norsk rett og direktivet, etterlater for supplerende vern med generalklausulen i mfl. § 25 for opplysninger som faller utenfor terskelen i forretningshemmelighetsloven § 2.

Basert på analysen som ble gjennomført, kan det for det første konstateres at beskyttelseskravets terskel, som av departementet ble omtalt en «forsiktig» skjerping fra tidligere, faktisk utgjør en aktivitetsplikt for innehaver som tidligere ikke forelå. Som en følge av dette kan ikke lengre rettstilstanden etter Rt. 2007 s. 1841 (SAS) sies å gjelde. Direktivinnføringen medfører følgelig en ikke ubetydelig skjerping av kravet til beskyttelsestiltak, noe som får betydning for vernet etter loven og behov for supplerende vern etter generalklausulen.

For det andre er det klart at vurderingsnormen i Iskremdommen gjelder for forretningshemmeligheter, slik at det etter norsk rett ikke er tvil om at mfl. § 25 kan supplere vernet av forretningshemmeligheter. Rettere sagt, generalklausulen kan anvendes «uavhengig av om tilfellet saklig sett» også reguleres av forretningshemmelighetsloven, så lenge tilleggselementer foreligger. I utgangspunktet står statene fritt til å anvende nasjonale beskyttelsesmekanismer når man befinner seg utenfor legaldefinisjonen i forretningshemmelighetsdirektivet, og EU har avstått fra å harmonisere reglene om illojal konkurranse. Likevel begrenses utgangspunktet av at harmoniseringsforpliktelsen etter direktivet anses for å ha en smitteeffekt også på det uharmoniserte området om regler om illojal konkurranse. Dette gjelder særlig handlinger som direktivet angir som lovlige og kan betegnes totalharmonisert (særlig art. 3 og art. 5), sammenholdt med «de garantier» direktivet er ment å sikre. Supplerende vern etter mfl. § 25 kan dermed ikke lede til løsninger som direkte motvirker direktivets.

I forlengelsen av dette, gir fortalen punkt 17 et mulig frempek om at også reglene om illojal konkurranse står på EUs dagsplan for harmonisering. Etter mitt syn kan dette ha en sammenheng med forretningshemmelighetsdirektivets mål om en mer enhetlig beskyttelse av forretningshemmeligheter på tvers av landene. Etter direktivinnføringen har landene gått fra et fragmentert til et definert vern. Statenes adgang til å yte et supplerende vern er egnet til å skape

en ny fragmentert tilstand, når landene uansett kan tilføre ulikt vern etter deres respektive generalklausuler.

Et annet spørsmål er hvordan slik harmonisering skal gjennomføres. Til tross for at harmoniseringsproblemet er nytt for forretningshemmeligheter har det lenge vært en kjensgjerning på tvers av EU-retten.<sup>169</sup> Harmonisering av slike spesialiteter kan synes nærmest umulig, ettersom landene *innad* har en differensiert tilnærming for utøvelsen av «illoyal konkurrence»<sup>170</sup>. Langt ifra alle medlemsland har tradisjon for bruk av slik generalklausul overhodet. Før Brexit var motstand fra særlig Storbritannia ansett som den største bremsen for harmonisering, særlig i lys av at bruk av generalklausul som rettsinstrument særpreger Civil Law tradisjonen<sup>171</sup>, i motsetning til deres Common law tradisjon. Til og med innad de skandinaviske landene er det gjort funn av større ulikheter når det gjelder tilnærmingen.<sup>172</sup>

Et annet spørsmål er i hvilken grad en skjerping av kravet til beskyttelsestiltak faktisk vil aktualisere bruk av generalklausulen. Statistisk vitner rettspraksis om at det nærmest vil være motstridende med forsvarlig advokatpraksis å *ikke* anføre brudd på mfl. § 25, når det gjaldt spørsmål om krenkelse av forretningshemmeligheter etter daværende mfl. § 28.<sup>173</sup> Det faktum at beskyttelse av forretningshemmeligheter nå er flyttet til en egen lov, har nok alene ingen innvirkning på den praktiske bruken. Et større reelt behov for anvendelse av mfl. § 25 kan imidlertid tenkes, ettersom flere opplysninger i lys av skjerpelsen av terskelen vil falle utenfor forretningshemmelighetsvernet. Gjennomgangen viser imidlertid at domstolene etter direktivinnføringen har sterkere *motargumenter* enn tidligere, når det gjelder supplering med generalklausulen i kraft av harmoniseringshensynet og ringvirkningene dette fører med seg.

Det blir spennende å se hvordan EU-domstolen og norske domstoler fremover vil forholde seg til direktivet og hvilket handlingsrom som nærmere blir fremlagt. Høyesterett har ellers i ankesakene HR-2021-1450-U (Bank Norwegian)<sup>174</sup> og HR-2021-1379-U (Stortorvet Gjestgiveri)<sup>175</sup> gode forutsetninger til å komme med noen prinsipielle uttalelser om mfl. § 25.<sup>176</sup> Avgjørelsene vil riktignok befinne seg innenfor varemerkerettens område, men det gjenstår å

---

<sup>169</sup> Schovsbo, (2019) s. 2

<sup>170</sup> Irgens-Jensen mfl. (2021) s. 28

<sup>171</sup> Lunde (2001) s. 118

<sup>172</sup> Viken (2020) s. 1049

<sup>173</sup> Etter gjennomgang av søk i Lovdata - Mfl. § 25 ble brukt som vedheng i bl.a. LB-2019-63403, LB-2017-131841, TOSLO-2017-82749 mfl.

<sup>174</sup> LB-2019-36567

<sup>175</sup> LB-2019-76871

<sup>176</sup> Ikke avgjort pr. 09.12.21.



se om Høyesterett angir noen generelle uttalelser om generalklausulen, i lys av at det er hele 23 år siden Iskremdommen<sup>177</sup> ble rettskraftig.

Som følge av at begrepet forretningshemmeligheter nå er forankret i EU-retten, vil det følgelig «leve sitt eget liv utenfor norsk rettstradisjon»<sup>178</sup> og vi står i påvente av en eventuell harmonisering av reglene om illojal konkurranse. Vi kan konkludere med at norske tradisjoner fortsatt har relevans, selv om tyngdepunktet blir flyttet mer og mer mot EU-retten.

---

<sup>177</sup> Rt. 1998 s. 1315

<sup>178</sup> Prop.5 LS (2019-2020) s.52

# Litteraturliste

## LITTERATUR:

- Irgens-Jensen mfl. (2021) Irgens-Jensen, Harald, Ole-Andreas Rognstad, Kristina Stenvik, Inger Berg Ørstavik, Eirik Østerud. *Markedsrett - Innføring i markedsførings-, konkurranse- og immaterialrett* (2021)
- Lunde og Michaelsen (2019) Tore Lunde og Terje Lundby Michaelsen *Markedsføringsloven med kommentarer* 3. utgave (2019)
- Høgberg og Sunde (red) (2019) Alf Petter Høgberg (red.) Jørn Øyrehagen Sunde (red.) *Juridisk metode og tenkemåte* (2019)
- Riis og Schovsbo (2019) Thomas Riis og Jens Schovsbo. *Lov om forretningshemmeligheter* (2019)
- Rognstad (2019) Rognstad, Ole-Andreas *Opphavsrett*, 2. utgave (2019)
- Andenæs og Fliflet (2017) Johs. Andenæs og Arne Fliflet. *Statsforfatningen i Norge*, 11. Utgave (2017)
- Domeij (2016) Domeij, Bengt. *Från anstalld til konkurrent: lojalitetsplikt, företagshemligheter och konkurrensklausuler* (2016)
- Arnesen og Stenvik (2015) Finn Arnesen og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode : særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utgave (2015)
- Sejersted mfl. (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad. *EØS-rett*, 3. utgave (2011)
- Irgens-Jensen (2010) Irgens-Jensen, Harald. *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?* (2010)

Lunde (2001) Lunde, Tore. *God forretningsskikk næringsdrivende i mellom* (2001)

Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff og Jan Helgesen. *Rettskildelære 5.* utgave (2001)

## **PUBLISERTE SKRIFTER**

Holtz (2021) Holtz, Dr. Hajo Michael. "Förhållandet mellan immaterialrätt och otillbörliga affärsmetoder i Patent- och marknadsdomstolarna", *Nordiskt immateriellt rättsskydd*, Nr. 1 (2021) s. 43-60.

Schovsbo (2019) Schovsbo, Jens, From Smorgasbord to New Nordic Cuisine - Eu-Harmonization of Trade Secrets Protection in the Nordic Countries (April 5, 2019).

Riis, Schovsbo og Udsen (2018) Riis, Thomas, Jens Schovsbo, Henrik Udsen. «Den nye danske lov om forretningshemmeligheder». *Nordiskt immateriellt rättsskydd*. Nr. 4 (2018) s. 464-486

Irgens-Jensen (2018) Irgens-Jensen, Harald. «Ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter». *Nordiskt immateriellt rättsskydd*. Nr. 4 (2018) s. 516-538.

Schovsbo mfl. (2018) Schovsbo, Jens. Thomas Riis, Bengt Domeij, Niklas Bruun, Henrik Udsen, Marcus Norrgård, Harald Irgens-Jensen og Vilhelm Schröder. "The new protection of trade secrets in the Nordic countries", *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, Nr. 4 (2018) s. 459-463

Kur (2014) Kur, Annette. «Trade Marks Function, Don't They? CJEU Jurisprudence and Unfair Competition Principles». *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol.45 (4), s. 434-454 (2014)

- Kur (2008) Annette Kur og Henning Grosse Ruse-Khan. «Enough is Enough - The Notion of Binding Ceilings in International Intellectual Property Protection». *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series* No. 09-01 (2008)
- Ringnes (2016) Ringnes, Arne. «Forholdet mellom immaterialrett og god forretningsskikk i etterligningssaker». *Rettsavklaring og rettsutvikling : Festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen 19. februar 2016* (2016) s. 759-777

## **Norsk rettspraksis**

### **Høyesterett**

- Rt. 2007 s. 1841 (SAS)
- Rt. 2004 s. 904 (Paranova)
- Rt. 2000 s. 110 (Dale)
- Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)
- Rt. 1998 s. 1315 (Iskrem)
- Rt. 1997 s. 199 (Cirrus)
- Rt. 1995 s. 1908 (Mozell)
- Rt. 1994 s. 1584 (Lego)
- Rt. 1990 s. 607 (Viking)
- Rt. 1971 s. 390 (Hennes)
- Rt. 1984 s. 248 (John Deere)
- Rt. 1959 s. 712 (Skilt)

## **Rettens Gang**

RG. 1998 s. 277

RG. 1981 s. 418

## **Lagmannsrettene**

LF-2020-92904 (HR-2021-1482-U, Anke nektet fremmet)

LB-2019-36567 (HR-2021-1450-U, Anke tillatt fremmet)

LB-2019-63403

LB-2017-131841

LB-2012-35181

LB-2008-17240

## **Tingrettene**

TOSLO-2018-107547-2

TOSLO-2017-82749

14-043818TVI-SUMO

## **Forvaltningspraksis**

### **Næringslivets konkurranseutvalg**

NKU-2020-5

NKU-2017-4

NKU-2017-3

NKU-2016-6

NKU-2010-3

NKU-1988-8

## **Lovgivning**

Kongeriket Norges Grunnlov (Grl.)	Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814, slik den lyder etter senere endringer, senest stortingsvedtak av 14. mai 2020
Forretningshemmelighetsloven	Lov 27. mars 2020 nr. 15 om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven)
Straffeloven (Strl.)	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
Twisteloven (Tvl.)	Lov 6. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (twisteloven)
Markedsføringsloven (Mfl.)	Lov 9. januar 2009 nr. 2 om markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)
Patentloven (Patl.)	Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven)
Åndsverkloven (Åvl.)	Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)
Designloven (Dsl.)	Lov 14. mars 2003 nr. 15 om beskyttelse av design (Designloven)

Straffeprosessloven (Strpl.)	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
EØS-loven (EØSl)	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
Menneskerettsloven (Mrl.)	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

### **Forarbeider og høringsuttalelser**

Ot.prp. nr. 55 (2007-2008)	Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)
Ot.prp. nr 57 (1971-1972)	Lov om markedsmissbruk
Prop.5 LS (2019-2020)	Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)
NUT 1966: 2	Innstilling fra Konkurranselovkomiteen 1966

### **Traktater og Direktiv**

Roma-traktaten	Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU [Traktaten om Den europeiske unions virkemåte – TEUV – Roma-traktaten konsolidert 2016
----------------	---

Wien-konvensjonen 1961	Vienna convention on diplomatic relations. Done at Vienna on 18 April 1961. Entered into force on 24 April 1964. United Nations, Treaty Series, vol. 500, p. 95
Pariskonvensjonen 1883	Paris convention for the protection of industrial property Revised at Stockholm, 14. Juli 1967.
TRIPS-Avtalen	Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights (TRIPS) Marrakesh, 15. april 1994.
2016/943	Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og utlevering [Forretningshemmelighetsdirektivet]
2015/2436	Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/2436 av 16. desember 2015 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker [Varemerkedirektivet 2015]
2001/29/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet. [Infosoc-direktivet – Opphavsrettsdirektivet]
85/374/EØF	Rådsdirektiv av 25. juli 1985 om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om produktansvar [Produktansvarsdirektivet]
96/9/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/9/EF av 11. mars 1996 om rettslig vern av databaser [Databasedirektivet]



## **Rettspraksis fra EU-domstolen**

C-402/03

C-52/00

C-516/17

C-160/15

C-661/11

C-604/10

C-30/14

C-181/95

Sak 189/87

## **Rettspraksis fra EFTA-domstolen**

E-4/01 (Karlsson)

E-1/07 (Straffesak mot A)

E-8/07 (Nguyen)

## **Øvrige EU/EØS-rettslige kilder:**

COM (2013) 813 final      Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN  
PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the protection of  
undisclosed know-how and business information (trade secrets)  
against their unlawful acquisition, use and disclosure

COM (2010) 2020 final      COMMUNICATION FROM THE COMMISSION EUROPE  
2020, A strategy for smart, sustainable and inclusive growth

MARKT/2011/128/D	Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, April 2013
Stuyck (2016)	Directorate-General for Internal Policies of the Union (European Parliament). Stuyck, Jules. <i>Briefing paper on addressing unfair commercial practices in business-to-business relations in the internal market</i> , Published: 2016-01-19 - IP/A/IMCO/NT/2010-18, PE 457.364, May 2011

## **Internasjonale regelverk**

### **Sverige**

Lag (2018:558) om företagshemligheter

Lag om skydd för företagshemligheter (1990:409)

### **Danmark**

Lov nr. 426 af 3. mai 2017 om markedsføring

Lov nr. 1389 af 21. desember 2005 om markedsføring

### **Finland**

Lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet 22. desember 1978 nr. 1061

Konsumentskyddslag 20. Januar 1978 nr. 38

## **Internasjonal rettspraksis**

### **Østerrike:**

OGH 4 Ob 165/16t