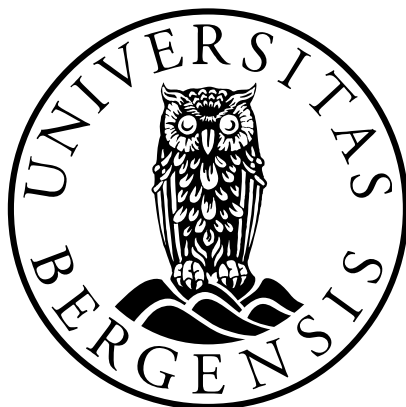


Beskyttelse av forretningshemmeligheter i sivilrettslig domstolsbehandling

Er norsk sivilprosess i samsvar med de prosessuelle krav som stilles til rettergangen i EU-direktivet om beskyttelse av forretningshemmeligheter artikkel 9?

Kandidatnummer: 175

Antall ord: 13 242



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.16

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Introduksjon	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Avgrensning.....	4
1.3 Rettskildebilde og metode.....	5
1.4 Den videre fremstillingen	7
2 Bakgrunn.....	8
2.1 Nærmere om bakgrunnen for direktivet.....	8
2.1.1 Rettstilstand og målsetting.....	8
2.1.2 Økende risiko og konsekvenser av misbruk	8
2.1.3 Sentrale elementer i Direktivet	9
2.2 Hva er forretningshemmeligheter? Definisjon.....	10
2.2.1 Direktivet	10
2.2.2 Norsk rett	12
2.3 Hvorfor beskytte forretningshemmeligheter?	14
3 EU-direktivets artikkel 9.....	18
3.1 Hvilke krav stiller artikkel 9 til nasjonal sivilprosess?	18
3.1.1 Presentasjon av artikkel 9	18
3.1.2 Artikkel 9 (1) – den generelle forbudsbestemmelse	19
3.1.3 Artikkel 9 (1) andre ledd bokstav (a) og (b) - varighet og bortfall av restriksjoner.....	21
3.1.4 Artikkel 4 og 3 – ulovlige og lovlige handlinger	22
3.1.5 Artikkel 9 (2) – beskyttende tiltak	24
3.1.6 Artikkel 9 (3) – proporsjonalitet	27
3.1.7 Artikkel 9 (4) – personvern.....	28
3.1.8 Artikkel 16 første ledd - sanksjoner mot brudd	28
3.2 Enkelte bemerkninger	28
4 Er norsk rett i samsvar med Direktivets artikkel 9?.....	30
4.1 Forbud mot bruk og videregivelse	30
4.1.1 Tvl. § 22-12, jf. dl. § 128 - taushetsplikt.....	30
4.1.2 Dl. § 63 a – taushetsplikt.....	32

4.1.3	Bortfall av taushetsplikt	32
4.2	Begrensninger i tilgangen til forretningshemmeligheter	33
4.2.1	Begrenset tilgang til dokumenter	33
4.2.2	Begrenset tilgang til rettsmøter	36
4.2.3	Begrenset tilgang til rettsboken	38
4.2.4	Ikke-konfidensielle rettsavgjørelser	39
4.3	Proporsjonalitet og personvern	40
4.4	Konklusjon	41
	Kilderegister	42

1 Introduksjon

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er beskyttelse av forretningshemmeligheter i sivilrettslig domstolsbehandling, i lys av at EU-parlamentet 14. april 2016 godkjente direktivet om beskyttelse av forretningshemmeligheter (heretter Direktivet),¹ og at det ble formelt vedtatt av Rådet 27. mai.² Direktivet trer først i kraft 20 dager etter publisering i EUs offisielle journal, jf. artikkel 20.³ EU-kommisjonen presenterte i 2013 det første direktivutkastet, og uttrykte da et ønske om å skape en "Innovation Union".⁴ Sammenlignet med teknologiske stormakter som USA og Japan er forskning og utvikling i liten grad drevet fremover av private aktører.⁵ En bedre beskyttelse skal føre til økt forskning og innovasjon, samt gjøre Europa som region mer konkurransedyktig. Med Direktivet ønsker EU å harmonisere regelverket for beskyttelse av forretningshemmeligheter i Europa. Frem til nå har det vært store forskjeller i hvilken beskyttelse medlemsland kan tilby ved ulovlig tilegnelse ("acquisition"), bruk ("use") og videregivelse ("disclosure") av forretningshemmeligheter.⁶ Beskyttelsen som Direktivet legger opp til er ment å komme i tillegg til eller som et alternativ til immaterielle rettigheter (heretter IPR).

Direktivets anvendelsesområde er sivile saker om ulovlig misbruk av forretningshemmeligheter, jf. artikkel 6 (1) som refererer til "civil redress". Det oppstilles visse minstekrav til nasjonal lovgivning, men medlemslandene står fritt til å etablere en bedre beskyttelse mot ulovlig tilegnelse, bruk eller videregivelse, så lenge dette ikke går på bekostning av særskilt nevnte artikler, jf. artikkel 1 (1) andre ledd og fortalen punkt (10).

¹ European Parliament legislative resolution of 14 April 2016 on the 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(2013)0813 – C7-0431/2013 – 2013/0402(COD)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2016-0131&language=EN&ring=A8-2015-0199#BKMD-9>

² <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/05/27-trade-secrets-new-directive/>

³ The Official Journal of the European Union.

⁴ COM (2013) 813, 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: side 2, Explanatory Memorandum. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013PC0813>

⁵ COM(2013) 813, side 2, Explanatory Memorandum.

⁶ Den engelske versjonen av Direktivet vil benyttes i denne oppgaven.

Dette innebærer at Direktivet legger opp til en minimumsharmonisering, men inneholder samtidig elementer som ikke tillater avvik.⁷

EU har i artikkel 9 (Preservation of confidentiality of trade secrets in the course of legal proceedings) som denne oppgaven i hovedsak vil behandle, etablert prosessuelle regler for beskyttelse av forretningshemmeligheter i sivile saker om ulovlig tilegnelse, bruk eller videregivelse av forretningshemmeligheter. Det er viktig at rettergangen gjennomføres på en måte som er egnet til å beskytte forretningshemmeligheter. I artikkel 9 gjelder totalharmoniseringen andre ledd i artikkel 9 (1), 9 (3) og 9 (4). Dette innebærer at norsk sivilprosess ved en implementering av Direktivet i EØS-avtalen, ikke kan fravike disse punktene. Direktivet må gjennomføres i nasjonal lovgivning innen 24 måneder etter ikrafttredelse, jf. artikkel 19 (1). Fremleggelse av forretningshemmeligheter kan skje i kraft av prinsippet om fri bevisføring, i henhold til sannhets- og opplysningsplikten, pålegg fra retten om bevis tilgang eller ved forklaring/vitneførsel om bestemte tema.

Oppgaven vil søke å belyse problemstillinger knyttet til artikkel 9, og om norsk sivilprosess er i samsvar med de prosessuelle krav som følger av artikkel 9. Norsk lovgivning inneholder ingen tilsvarende bestemmelse. Spørsmålet er derfor om Norge ved en implementering av Direktivet i EØS-avtalen må foreta endringer i eksisterende lovgivning, eller om den alt oppfyller Direktivets krav.⁸

1.2 Avgrensning

I norsk rett er forretningshemmeligheter beskyttet gjennom blant annet markedsføringsloven (heretter mfl.)⁹ §§ 28, 48 og 48b, og straffeloven (heretter strl. 2005)¹⁰ §§ 207 og 208.

Forvaltningsloven § 13 pålegger forvaltningen taushetsplikt om forretningshemmeligheter som forvaltningen blir kjent med. Forretningshemmeligheter er i sivile saker for domstolen vernet gjennom tvisteloven (heretter tvl.)¹¹ §§ 22-10 og 22-12, som igjen suppleres av domstolloven (heretter dl.) kapittel 7.¹²

⁷ Se Arnesen og Stenvik (2015) om minimumsharmonisering og avvik, side 47.

⁸ Fredriksen og Mathiesen (2014), side 281.

⁹ Lov 9 jan 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

¹⁰ Lov 20 mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

¹¹ Lov 17 juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

¹² Lov 13 aug 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).

Ettersom artikkel 9 omfatter forretningshemmeligheter som deltakerne i rettergangen har fått tilgang til som en følge av rettergangen, avgrenses oppgaven mot informasjon som noen har fått ”i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold” jf. mfl. §§ 28 og 29. Forvaltningsmessig fremleggelse av forretningshemmeligheter og misbruk i relasjon til dette behandles heller ikke.

Oppgavens fokus er på sivile prosessuelle regler for beskyttelse av forretningshemmeligheter. Det er imidlertid ikke hensiktsmessig å unnlate å nevne elementer av den materielle beskyttelse. Artikkel 9 er tett knyttet til definisjonen av forretningshemmeligheter i artikkel 2, og henholdsvis lovlige og ulovlige handlinger artikkel 3 og 4, slik at det i noen grad også er nødvendig å behandle disse artiklene.

1.3 Rettskildebilde og metode

EØS-avtalen og EU-samarbeidet omfatter i utgangspunktet ikke nasjonal prosesslovgivning.¹³ Medlemslandene i EU har ”nasjonal prosessautonomi”,¹⁴ men denne innskrenkes hvor det finnes EU-rettslige bestemmelser som legger føringer på området.¹⁵ Likebehandlingsprinsippet og effektivitetsprinsippet innebærer at EU-retten likevel griper inn i nasjonal prosesslovgivning.¹⁶ Prinsippene er gitt forrang gjennom EØS-loven¹⁷ § 1, jf. § 2.¹⁸

Det er EØS-komiteen som vurderer om nye EU-rettsakter på EØS-avtalens område skal innlemmes i avtalen.¹⁹ Denne vurderingen består av to deler, og kalles vurdering av EØS-relevans.²⁰ Først vurderer EØS-komiteen om Direktivet omfattes av EØS-avtalens saklige og geografiske virkeområde, slik det fremgår av avtalens hoveddel, vedlegg og protokoller.²¹ Direktivets formål og påvirkning av EUs indre marked vil også være sentrale

¹³ Fredriksen (2008), side 290 og 292.

¹⁴ Se NOU 2001:32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven), s. 151 og Rt. 2005 s. 597 (avsnitt 37)

¹⁵ Fredriksen (2008), side 294.

¹⁶ Fredriksen (2008), side 292-293.

¹⁷ Lov 27 nov 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

¹⁸ Fredriksen (2008), side 296, med henvisning til Rt. 2005 s. 597 hvor Høyesterett sluttet seg til effektivitetsprinsippet.

¹⁹ Fredriksen og Mathiesen (2014), side 133, og EØS-avtalen artikkel 102.

²⁰ Meld. St. 5 (2012–2013) EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU, punkt 5.3.1

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld-st-5--20122013/id704518/?q=&ch=5>

²¹ Meld. St. 5 (2012–2013), punkt 5.3.1.

vurderingstema.²² I selve Direktivet står det ”(Text with EEA relevance)”, altså EØS-relevans. At EU selv mener dette er imidlertid ikke avgjørende.

Forretningshemmeligheter inngår i EØS-avtalens vedlegg 17, om intellektuell eiendom. Direktivets formål er et ”smooth-functioning internal market for research and innovation...” jf. fortalen (21). Formålet med EØS-avtalen er å inkludere EFTA-landene i EUs indre marked.²³ Dette tilsier at Direktivet er EØS-relevant. Skulle EØS-komiteen konkludere med at Direktivet er EØS-relevant vil det bli en del av EØS-avtalen. Neste steg blir da å tilpasse Direktivet til nasjonal lovgivning slik at det er i samsvar med EØS-avtalen. Spørsmålet er da om Direktivet kan innlemmes slik det er eller om det må foretas tilpasninger. Politiske, faglige og institusjonelle hensyn vil her ha betydning.²⁴

Justis- og beredskapsdepartementet har i et EØS-notat uttalt seg til Rådets direktivutkast fra 2014.²⁵ Det ble da uttalt at en innlemmelse av direktivutkastet i EØS-avtalen og gjennomføring i norsk rett trolig måtte innebære ”en del lovendringer”, ettersom norsk rett ikke inneholder like detaljerte regler.

Oppgavens problemstilling forutsetter at både norske og EU-rettslige kilder vurderes. Det foreligger begrenset med EU-rettslige kilder ettersom Direktivet per 1. juni 2016 ikke er trådt i kraft. Dette innebærer at Direktivets formål og kontekst er spesielt viktig ved tolkningen av ordlyden.²⁶ Direktivers tilblivelseshistorie og forarbeider kan også ha betydning, men aldri på bekostning av ordlyden i bestemmelsen.²⁷ Ordlyden i artikkel 9 vil først bli klarlagt ved at EU-domstolen foretar en tolkning. Hva gjelder norske rettskilder vil tvisteloven og domstolloven være av størst betydning. Lovene suppleres imidlertid av andre lover, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori hvor dette er nødvendig for å klarlegge det nærmere innholdet av beskyttelsen mot misbruk av forretningshemmeligheter.

Dette er i hovedsak en rettsdogmatisk oppgave hvor jeg belyser hva som er gjeldende rett (de lege lata). Ettersom EU-domstolen ikke har tatt stilling til artikkel 9 eller Direktivet for øvrig vil det være større rom for å komme med egne rettspolitiske betraktninger (de lege ferenda). Slike betraktninger må naturligvis bygge på EU-rettslig metode.

²² Meld. St. 5 (2012–2013), punkt 5.3.1.

²³ Fredriksen og Mathiesen (2014), side 25.

²⁴ Meld. St. 5 (2012–2013), punkt 5.3.1.

²⁵ <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/nov/forretningshemmelighetsdirektivet/id2434637/>

²⁶ Fredriksen og Mathiesen (2014), side 221.

²⁷ Fredriksen og Mathiesen (2014), side 229, med videre henvisning.

Oppgavens tema er lite behandlet i norsk rett. I Norge er det meg bekjent kun professor Tore Lunde²⁸ ved UiB og advokatfullmektig Håkon Austdal²⁹ som har publisert og foretatt en gjennomgang av de mest sentrale deler av direktivutkastet slik det lød i 2014.³⁰ Det finnes også en masteroppgave fra UiO som tar for seg deler av direktivutkastet, men som har en annen vinkling enn denne oppgaven. Fra dansk rett kan det nevnes at det er publisert en artikkel av advokat Andres Valentin og Diana Sofia Manrique de Lara som også omhandler direktivutkastet og dets betydning for dansk rett.³¹ Samtlige av disse verkene ble foretatt på et tidligere tidspunkt, noe som innebærer at ordlyden i artikkel 9 og Direktivet for øvrig er endret siden den gang.

1.4 Den videre fremstillingen

Oppgaven består av tre deler i tillegg til introduksjonen. Del to består av en nærmere gjennomgang av bakgrunnen for Direktivet, sentrale elementer, definisjon av forretningshemmeligheter og litt om hvorfor beskyttelse av forretningshemmeligheter er viktig. Del to har følgelig et bredere perspektiv enn del tre og fire. I del tre gjennomgås artikkel 9 i detalj. En gjennomgang av norsk rett foretas i del 4 – hvor det fortløpende vurderes om norsk rett oppfyller de prosessuelle krav som fremgår av artikkel 9. Oppgaven avsluttes i punkt 4.4 med en konklusjon.

²⁸ Lunde (2014).

²⁹ Austdal (2014).

³⁰ 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 - General Approach (26. mai 2014).

³¹ Valentin og de Lara (2015).

2 Bakgrunn

2.1 Nærmere om bakgrunnen for direktivet

2.1.1 Rettstilstand og målsetting

Det er store forskjeller innad i EU når det gjelder beskyttelse av forretningshemmeligheter. Dette får skylden for at EU ikke når opp til sitt potensiale. Flere land mangler blant annet en nasjonal definisjon av hva som omfattes av begrepene ”trade secret” og ”unlawful acquisition, use or disclosure”, jf. fortalen punkt (6). Det er også store forskjeller hva angår sivile rettsmidler, beregning av erstatning og destruksjon av krenkende dokumenter og produkter, jf. fortalen punkt (6) og (7).

Kommisjonen er av den oppfatning at EU kan bli en ”global leader”³² innen forskning og innovasjon. Som nevnt i punkt 1.1 har EU sakket akterut sammenlignet med USA og Japan, hvor forskning og innovasjon drives frem av private aktører. Dette hemmer blant annet utviklingen av nye produkter og er ødeleggende for EUs indre marked, jf. fortalen punkt (8). For å snu trenden ønsker EU å legge bedre til rette for innovativ aktivitet, gjennom økt samarbeid og harmonisering av regelverk.

2.1.2 Økende risiko og konsekvenser av misbruk

Risikoen for misbruk av forretningshemmeligheter har økt:

”[i]nnovative businesses are increasingly exposed to dishonest practices aimed at misappropriating trade secrets, such as theft, unauthorised copying, economic espionage or the breach of confidentiality requirements...” jf. fortalen punkt (4).

Grunnen til dette skyldes blant annet ”...globalisation, increased outsourcing, longer supply chains, and the increased use of information and communication technology contribute to increasing the risk of those practices.” jf. fortalen punkt (4).

³² COM(2013) 813, side 2, Explanatory Memorandum.

Mange bedrifter vegrer seg også for å ta rettslige skritt ved misbruk av forretningshemmeligheter. En studie³³ som ble gjort på vegne av Kommisjonen viste at mindre enn halvparten av dem som rapporterte om misbruk valgte å søke hjelp hos domstolene. Årsaken til dette skyldtes blant annet manglende effektive rettsmidler og frykten for å miste forretningshemmeligheter som en følge av rettergang.³⁴ Den største trusselen mot misbruk utgjorde konkurrenter, tidligere ansatte og kunders kunder.³⁵

2.1.3 Sentrale elementer i Direktivet

For å oppnå EUs uttalte målsetting etablerer Direktivet en rekke materielle og prosessuelle tiltak for å hindre misbruk av forretningshemmeligheter. Omfanget av harmoniseringen fremgår av artikkel 1, som også påpeker at Direktivet ikke skal begrense yringsfrihet og arbeidstakermobilitet. I artikkel 2 presiseres viktige begrep, som ”trade secret”, ”trade secret holder”, ”infringer” og ”infringing goods”. Det fremheves i artikkel 3 og 4 hva som henholdsvis er lovlige og ulovlige handlinger. Artikkel 5 inneholder blant annet en viktig presisering av at tiltak som etableres i Direktivet ikke skal begrense arbeidstakeres og journalisters rett til å varsle om kritikkverdige forhold. Tiltak som iverksettes i medhold av Direktivet skal være proporsjonale og misbruk av rettssystemet forbyes, jf. artikkel 7. Artikkel 8 oppstiller en foreldelsesfrist på maksimalt seks år. I tillegg er det gitt regler for midlertidige og forebyggende tiltak ved misbruk av forretningshemmeligheter, jf. artikkel 10, samt regler for erstatning og utmåling, jf. artikkel 14. Rettsavgjørelser skal publiseres, jf. artikkel 15, og medlemslandene må også sørge for sanksjoner ved brudd på tiltak hjemlet i Direktivet, jf. artikkel 16.

³³ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, side 151.

³⁴ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, side 131.

³⁵ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, side 128.

2.2 Hva er forretningshemmeligheter? Definisjon

2.2.1 Direktivet

Begrepet "trade secrets" benyttes i artikkel 9. Definisjonen av "trade secret" fremgår av artikkel 2 (1), og er ment å stemme overens med definisjonen av "undisclosed information" i artikkel 39 (2) i TRIPS-avtalen.³⁶ Det oppstilles tre hovedvilkår for at informasjon skal være beskyttet. Det første vilkåret er at informasjonen er "secret", jf. artikkel 2 (1) bokstav (a). Bokstav (a) knytter seg til to forhold (i) "as a body or in the precise configuration and assembly of its components ..." som innebærer at det ikke bare er "informasjonsgjenstanden" ("body") som er omfattet, men også det presise informasjonsmønster ("precise configuration") og sammensetningen av informasjonskomponenter ("assembly of its components"). Denne "altomfattende" del av definisjonen kan minne om det man søker å oppnå innenfor patentretten, hvor patentets omfang bestemmes av patentkravene i patentloven (heretter patl.) § 39.³⁷ Patentsøker vil da prøve å gi en vid beskrivelse av oppfinnelsen gjennom de selvstendige og uselvstendige patentkrav,³⁸ i den hensikt å få vernet mest mulig omfattende mot etterligninger/ekvivalente løsninger.³⁹

(ii) For at informasjonen skal anses som hemmelig, må hemmelighetskriteriet være oppfylt; "not...generally known...or readily accessible", for personer som befinner seg innenfor den krets som normalt har tilgang på slik informasjon. Hva som kvalifiserer for at noe ikke er allment kjent eller lett tilgjengelig (min oversettelse) vil måtte vurderes konkret i den enkelte sak og nærmere avklares av EU-domstolen.

Det andre vilkåret er at informasjonen har "commercial value" som en følge av at informasjonen er hemmelig, jf. bokstav (b). Verdien kan være "actual or potential" jf. fortalet punkt (14). Kommersiell verdi vil blant annet foreligge hvis misbruk av informasjonen "is likely to harm the interests of the person lawfully controlling it..." jf. fortalet punkt (14). Hva som er kommersielt må bero på en objektiv vurdering, men det skal trolig lite til før vilkåret er oppfylt.

³⁶ COM (2013) 813, side 7, punkt 5.1. TRIPS: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (WTO).

³⁷ Lov 15 des 1967 nr. 9 om patenter (patentloven).

³⁸ Se Forskrift til patentloven (patentforskriften) § 7.

³⁹ Stenvik (2013), side 359 flg.

Det tredje vilkåret er at rettighetshaver har tatt ”reasonable steps under the circumstances...to keep it secret”, jf. bokstav (c). Rettighetshaver må altså ha foretatt seg noe for å holde informasjonen hemmelig. Fortalen gir ingen nærmere anvisning på hvilke tiltak som er tilstrekkelig, men ordlyden kan tyde på at det ikke kreves mye. Hva som er ”reasonable” vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak.

Definisjonen legger opp til at store mengder informasjon kan omfattes, men begrenses til å gjelde

”know-how, business information and technological information where there is both a legitimate interest in keeping them confidential and a legitimate expectation that such confidentiality will be preserved.” jf. fortalen punkt (14).

Direktivet fremhever at beskyttelsen skal omfatte ”undisclosed know-how and business information” jf. tittelen, og ”valuable know-how and business information, that is undisclosed and intended to remain confidential” jf. fortalen punkt (1). Skulle et av tre vilkår ikke være oppfylt, vil informasjonen ikke være en ”trade secret” og således ikke vernet av artikkel 2 og direktivet for øvrig, jf. ”...all of the following requirements”.

Definisjonen av forretningshemmeligheter i artikkel 2 (1) er utvilsomt vid. Dette innebærer at store mengder informasjon kan betraktes som forretningshemmeligheter. Mange frykter at definisjonen vil hindre pressen og allmennheten fra å få tilgang til viktig samfunnsmessig informasjon.⁴⁰ Problemet kan illustreres ved en pågående debatt om pressen og allmennhetens rett til innsyn i forskningsresultater om miljø- og helseskadelige forhold. EFSA (The European Food Security Authority) har gjennomført en studie for å kartlegge virkningen av glyfosat.⁴¹ Dette er et middel som brukes i ugressmiddel, og er av Verdens helseorganisasjon klassifisert som sannsynligvis kreftfremkallende. Selskapet Monsanto har nektet å publisere sin rapport om glyfosat, og begrunner dette med at det er en forretningshemmelighet.⁴² Slike viktige problemstillinger vil også kunne komme på spissen i forhold til artikkel 9, hvor allmennheten eller andre med legitim interesse ikke vil få tilgang til opplysninger som fremkommer under rettssaken. Bli vernet av ”trade secrets” for bredt reises viktige

⁴⁰ Se blant annet <http://corporateeurope.org/power-lobbies/2016/05/trade-secrets-protection-directive-still-dangerous-freedoms-and-rights> og <https://act.wemove.eu/campaigns/whistleblowers-at-risk>

⁴¹ Stoffet brukes blant annet i Roundup, som lages av selskapet Monsanto.

⁴² For mer info se <http://www.euractiv.com/section/trade-society/news/demystifying-the-trade-secrets-directive/>

rettspolitiske spørsmål, som riktignok er adressert i fortalen, men som det likevel knyttes usikkerhet til når det gjelder den faktiske virkningen av Direktivet.

2.2.2 Norsk rett

Norsk lovgivning inneholder ingen definisjon av konkurransesensitiv informasjon tilsvarende definisjonen av ”trade secret” i Direktivet. Norsk rett mangler også en fellesbetegnelse som dekker forretningshemmeligheter, bedriftshemmeligheter og know how. Spørsmålet er derfor om det kan utledes en definisjon av andre rettskilder.

Forretningshemmeligheter er materielt beskyttet i mfl. § 28 og strl. 2005 § 207.

Markedsføringsloven bruker begrepet ”bedriftshemmelighet”, mens straffeloven bruker ”forretningshemmelighet”. Selv om det benyttes ulike formuleringer, ”er de alle så vage at det ikke vil være i strid med deres ordlyd å la dem dekke de samme forhold.”⁴³

Forretningshemmeligheter er prosessuelt beskyttet i tvl. § 22-10, jf. § 22-12 som benytter ”forretnings- eller driftshemmelighet”. Teknisk know how er materielt beskyttet i mfl. § 29, og både bedriftshemmeligheter og know how kan være vernet av § 25. Ingen av lovbestemmelsene inneholder imidlertid en definisjon av slike begreper.

Høyesterett synes imidlertid langt på vei å ha lagt til grunn en tilsvarende definisjon av forretnings- eller driftshemmeligheter som definisjonen av ”trade secret” i artikkel 2 (1). I Rt. 2007 s. 1841 (avsnitt 22) oppstilte Høyesterett tre kriterier for at informasjon skal være vernet som ”forretnings- eller driftshemmeligheter” i straffeloven av 1902 (heretter strl. 1902) § 294 første ledd nr. 2 og nr. 3.⁴⁴ For det første må det foreligge bedriftsspesifikk informasjon. Forarbeidene til mfl. påpeker at informasjonen må være ”spesifikk” for bedriften.⁴⁵ Dette kan tolkes som at informasjonen ikke er kjent og heller ikke lett tilgjengelig for andre.⁴⁶ En slik tolkning har klare likhetstrekk med definisjonen som fremgår av artikkel 2 (1) (a). For det andre må informasjonen være ”av betydning for bedriftens virksomhet.”⁴⁷ I artikkel 2 (1) (b) brukes ”commercial value” som en følge av at informasjonen er hemmelig. Selv om ordlydene er ulike er det klart at informasjon av kommersiell verdi vil ha betydning for

⁴³ Irgens-Jensen (2010), side 75-76.

⁴⁴ Alminderlig borgerlig Straffelov 22 mai 1902 nr. 10 (Straffeloven).

⁴⁵ Ot.prp. nr. 57 (1970-1971) Lov om markedsmissbruk s. 24, med henvisning til Innstilling fra konkurranselovkomitéen, 1966, side 48.

⁴⁶ Irgens-Jensen (2010), side 178. Om begrepene se side 179-184 (tilstrekkelig ukjent) og side 185 flg. (”lett tilgjengelig”).

⁴⁷ Ot.prp. nr. 57 (1970-1971) s. 24, med henvisning til Innstilling fra konkurranselovkomitéen, 1966, side 48.

virksomheten. Dette tyder på at Høyesteretts definisjon harmonerer med Direktivets.⁴⁸ For det tredje stilles det krav om at bedriften har iverksatt tiltak for å holde informasjonen hemmelig. Det må ”enten uttrykkelig være markert at det gjelder et krav på hemmelighold, eller det må ligge i selve situasjonen at det gjelder et slikt krav, jf. Konkurranselovkomiteens innstilling side 48.”⁴⁹ Det kreves trolig ikke mye av en bedrift før vilkåret er oppfylt.⁵⁰ Vilkaåret i Direktivets artikkel 2 (1) (c) er at virksomheten har tatt ”reasonable steps under the circumstances...to keep it secret”. Dette kan virke som et strengere vilkår enn hva Høyesterett legger til grunn, samtidig utelukker det ikke at selve situasjonen hjemler et krav om aktivitetsplikt som forutsetning for en forpliktelse til å bevare konfidensialitet.

Høyesterett vurderte i Rt. 2007 s. 1841 kun ”forretnings- eller driftshemmeligheter”, ikke know how. Det følger av Direktivet at know how også inngår i definisjonen av ”trade secret”.⁵¹ Direktivet påpeker at beskyttelsen gjelder ”undisclosed know-how” og “valuable know-how”, og må oppfylle vilkårene for beskyttelse i artikkel 2 (1). Begrepene forretnings- og driftshemmeligheter inngår sannsynligvis ut fra ovennevnte i begrepet ”trade secret, spørsmålet er om og i hvilken utstrekning know how i relasjon til mfl. § 29, § 25 og definisjonen som oppstilles i Rt. 1964 s. 238 (Notflottør-dommen) omfattes av artikkel 2. Få holdepunkter i Direktivet gjør det imidlertid lite hensiktsmessig å problematisere dette ytterligere. Ved en eventuell gjennomføring av artikkel 9 i norsk rett vil det i så fall være nødvendig å påpeke at både forretningshemmeligheter, driftshemmeligheter og know how omfattes.

I NIR (Nordisk Immaterielt Rättsskydd) vurderer professor Tore Lunde definisjonen av ”trade secret” i Direktivet, og sammenligner denne med mfl. § 28 og strl. 1902 § 294 andre punkt.⁵² Han poengterer at de norske lovbestemmelsene ikke inneholder en tilsvarende definisjon, men hevder på bakgrunn av rettspraksis med at definisjonen av ”trade secrets” i Norge er mer eller mindre sammenfallende med definisjonen i artikkel 2 (1).⁵³ Lunde konkluderer med at Norge bør adoptere en tilsvarende definisjon i norsk lovgivning, ”for the sake of clarity and for information purposes.”⁵⁴ Dette er det ikke vanskelig å være enig i, såfremt definisjonen ikke

⁴⁸ Irgens-Jensen (2010), side 232 flg. om kravet til betydning.

⁴⁹ Rt. 2007 s. 1841 (avsnitt 22).

⁵⁰ Irgens-Jensen (2010), side 240-245.

⁵¹ Se punkt 2.2.1

⁵² Lunde (2014) side 134, punkt 2.2.

⁵³ Tore Lundes vurdering knytter seg til direktivutkastet fra 2013, men artikkel 2 (1) er ikke endret siden den gang.

⁵⁴ Lunde (2014), side 135, punkt 2.2

legger store begrensinger på pressen og allmennhetens rett til innsyn. Det forutsettes i den videre fremstillingen at definisjonen av forretningshemmeligheter er i overensstemmelse med definisjonen av ”trade secrets” i Direktivet.

Hva angår fellesbetegnelse fremstår ”forretningshemmelighet” som det beste alternativet. I strl. 1902 brukte man begrepet ”Forretnings- eller Driftshemmelighed” jf. blant annet § 294. Følgende ble sagt om begrepene i forarbeidene til strl. 2005:

”[t]radisjonelt dekker *forretningshemmeligheter* økonomiske forhold som typisk driftsresultat, innkjøpsavtaler og markedsføringsplaner, mens *driftshemmeligheter* rammer de mer teknisk pregede forhold ved bedriften.” (min kursivering)⁵⁵

Justis- og beredskapsdepartementet foreslo å endre ordlyden til ”forretningshemmeligheter” slik den nå lyder i strl. 2005 § 207. Det ble uttalt at

”[s]om påvist ovenfor er grensen mellom forretnings- og driftshemmeligheter ikke skarp. Departementet går derfor inn for å benytte begrepet *forretningshemmeligheter* som en fellesbetegnelse på begge tilfeller. Dette er ikke ment å innebære noen innholdsmessig endring. Også i Sverige, Finland og Danmark benyttes en tilsvarende betegnelse.” (min kursivering).⁵⁶

I den videre fremstillingen vil jeg bruke ”forretningshemmeligheter” som en fellesbetegnelse, tilsvarende ”trade secret” i Direktivet. Av forenklingshensyn er det hensiktsmessig å benytte én definisjon så lenge det er underforstått at definisjonen også inkluderer bedriftshemmeligheter og know how.

2.3 Hvorfor beskytte forretningshemmeligheter?

Det er et vidt spekter av grunner til å beskytte forretningshemmeligheter selv om forretningshemmeligheter ikke anses å tilhøre de ”egentlige” immaterialrettigheter.⁵⁷ IPR kjennetegnes av at innehaver gis en mer eller mindre eksklusiv rådighet over oppfinnelsen eller åndsverket sitt, jf. patl. § 1 første ledd og åndsverkloven (heretter åvl.)⁵⁸ § 2 første ledd.

⁵⁵ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning), side 78.

⁵⁶ Ot.prp. 22 (2008-2009), side 81.

⁵⁷ Irgens-Jensen (2010), side 24, med videre henvisning.

⁵⁸ Lov 12 mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven).

Forretningshemmeligheter gir ingen slik enerett og vernet er klart svakere enn hva som for eksempel gjelder patentrett og varemerkerett. Krenkelse av IPR vurderes etter objektive kriterier, mens misbruk av forretningshemmeligheter forutsetter subjektiv bebreidelse.⁵⁹ En av grunnene til svakere beskyttelse er tanken om at samfunnet er best tjent med at oppfinnere velger å patentere nye oppfinnelser, fremfor å holde informasjonen hemmelig. Et patent gir eksklusiv rett i inntil 20 år fra patentsøknaden ble inngitt, jf. patl. § 40 første ledd. Vernet gis under den antatte forutsetning at informasjonen og kunnskapen bak oppfinnelsen deles med samfunnet. Etter 20 år offentliggjøres denne informasjonen, som vil si at konkurrenter og alle som ønsker får tilgang til og kan utnytte kunnskapen. Beskyttelsen er altså sterk, men midlertidig. Tilsvarende gjelder for åndsverk som har en 70 års beskyttelsestid, jf. åvl. kapittel 4. Forretningshemmeligheter har ingen eksakt levetid og kan i prinsippet vare for alltid. Vernet av forretningshemmeligheter knytter seg først og fremst til forbud mot visse handlinger.⁶⁰ Det avgjørende er om noen på urettmessig vis har tilegnet seg, brukt eller spredd videre informasjonen. Den materielle beskyttelsen av forretningshemmeligheter fokuserer på illojal opptreden.

Beskyttelse av forretningshemmeligheter er i mange land tett knyttet til konkurranseretten og markedsføringsrett. Dette gjenspeiles også i Direktivet, hvor det i fortalen punkt (16) fremgår at

”[i]n the interest of innovation and to foster competition, the provisions of this Directive should not create any exclusive right to know-how or information protected as trade secrets.”

Videre følger det av fortalen punkt (17) at

“[w]hile this Directive does not aim to reform or harmonise the law on unfair competition in general, it would be appropriate that the Commission carefully examine the need for Union action in that area.”

Beskyttelsen av forretningshemmeligheter i Direktivet skal heller ikke legge begrensninger på konkurransen ”in a manner contrary to the TFEU.” jf. fortalen punkt (38).⁶¹ Ettersom forretningshemmeligheter ikke gir en eksklusiv rett, er rettighetshaver ikke beskyttet mot at

⁵⁹ Stenvik (2013), side 15.

⁶⁰ Stenvik (2013), side 15.

⁶¹ The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

andre interessenter på selvstendig grunnlag kommer frem til samme informasjon eller kunnskap. Såkalt omvendt utvikling (*reverse engineering*) er for eksempel tillatt,⁶² og innebærer at en konkurrent fritt kan utforske hvordan et produkt eller en metode er skapt og lage et tilsvarende produkt. Med patentbeskyttelse kunne dette fort blitt et patentinngrep.⁶³

To begrunnelser for å beskytte forretningshemmeligheter står spesielt sterkt – incentivargumentet og spredningsargumentet.⁶⁴ Uten beskyttelse i lovverket er det grunn til å tro at incentivet til å drive med forsknings og utvikling ville blitt svekket. For å hindre ”parasitic copying or slavish imitations that free-ride on their reputation and innovation efforts.” jf. fortalen punkt (17), ville bedrifter måtte bruke mer tid og ressurser på egne beskyttelsestiltak. Spredningsargumentet innebærer at bedrifter som en følge av beskyttelsen i større grad våger å dele informasjon med andre. Dette vil blant annet kunne hindre dobbeltforskning og gjøre det mindre risikabelt å bruke underleverandører for å gjøre produksjonen billigere.

IPR beskytter ikke rettighetshaver gjennom hele den innovative prosessen.⁶⁵ I perioden før man får levert inn en patentsøknad vil hemmelighetsbeskyttelse kunne være helt avgjørende.⁶⁶ Beskyttelse av forretningshemmeligheter gir altså en viktig sikkerhet i den kritiske forsknings- og utviklingsfasen og kan fungere som et supplement til IPR. Både beskyttelse av IPR og forretningshemmeligheter virker på den måten at de beskytter mot snylting på andres arbeidsinnsats.⁶⁷ Bedrifter – uavhengig av størrelse – ”value trade secrets as much as patents and other forms of intellectual property right.” jf. fortalen punkt (2). Det er små og mellomstore bedrifter som i størst grad baserer sin virksomhet på hemmelighold jf. fortalen punkt (2). Grunnen til dette er blant annet kostnadene knyttet til patentering og det faktum at oppfinnelsen må offentliggjøres. Små og mellomstore bedrifter ”generally produce “incremental” innovations whose value can be quickly and easily lost through misappropriation and excessive litigation and internal control costs.”⁶⁸

⁶² Se artikkel 3 og fortalen punkt (16) i Direktivet. I Irgens-Jensen (2010), side 60 argumenterer Irgens-Jensen på bakgrunn av forarbeidene for at dette også er lovlig i norsk rett, og ikke kommer i konflikt med mfl. § 28.

⁶³ Stenvik (2013), side 359 flg.

⁶⁴ Irgens-Jensen (2010), side 147-156.

⁶⁵ Falce (2015), side 941.

⁶⁶ Irgens-Jensen (2010), side 149.

⁶⁷ Irgens-Jensen (2010), side 27.

⁶⁸ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, side 108, punkt 4.4.

Ved misbruk av forretningshemmeligheter kan straff ilegges jf. strl. 2005 §§ 207 og 208. Rettighetshavers krav på erstatning vil være en mager trøst. En offentliggjøring kan bli svært ødeleggende for virksomheten. I saker for domstolene, som omhandler nettopp tvist om misbruk av forretningshemmeligheter vil slik informasjon være gjenstand for rettens prøving. Da vil det være behov for beskyttende regler som gir vern mot misbruk av informasjon som gjøres tilgjengelig i forbindelse med rettergang.

3 EU-direktivets artikkel 9

3.1 Hvilke krav stiller artikkel 9 til nasjonal sivilprosess?

3.1.1 Presentasjon av artikkel 9

I kampen mot misbruk av forretningshemmeligheter har domstolen en helt sentral rolle. Domstolen er imidlertid avhengig av at det foreligger lovbestemmelser som sikrer konfidensialitet i rettergang, i den grad det er et legitimt behov for slik beskyttelse. Uten slike rammer kan det å påberope dokumenter overfor retten som inneholder konkurransesensitiv informasjon medføre at informasjonen ikke lengre oppfyller kravene til å være hemmelig og påstandsgrunnlaget vil kunne bortfalle.⁶⁹

EU ønsker med artikkel 9 å etablere grunnleggende prosessuell beskyttelse i alle medlemsland. Beskyttelsen skal gjøre det mer forutberegnelig for rettighetshavere som utsettes for misbruk av forretningshemmeligheter, både i eget hjemland og i andre EU-land. Artikkel 9 legger føringer for hvordan medlemslandene skal bevare konfidensialiteten av forretningshemmeligheter i sivilrettslig domstolsbehandling. For å sikre en god beskyttelse må domstolene kunne tilby en forsvarlig rettergang, effektive rettsmidler og gode tiltak for å bevare konfidensialitet jf. fortalen punkt (24).

En rekke punkter oppstilles i artikkel 9 for å sikre at domstolsbehandlingen ikke medfører at rettighetshaver mister kontrollen over forretningshemmeligheter. De som får tilgang til forretningshemmeligheter skal hindres i å misbruke denne informasjonen, og kretsen av dem som får tilgang må kunne begrenses. Det presiseres også at grunnlaget for beskyttelse kan bortfalle hvis bestemte forhold inntreffer. Som nevnt i punkt 1.1 fremgår det av artikkel 1 (1) andre ledd at medlemslandene kan tilby en mer omfattende beskyttelse mot ulovlig tilegnelse, bruk eller videregivelse, forutsatt at den ikke bryter med blant annet "the second subparagraph of Article 9(1), Article 9(3) and (4)..." Dette innebærer at artikkel 9 (2) gir rom for avvik i nasjonal lovgivning så lenge beskyttelsen mot misbruk av forretningshemmeligheter er bedre

⁶⁹ Knaak, Kur og Hilty (2014), avsnitt 47.

enn hva som fremgår av artikkel 9 (2).⁷⁰ Artikkel 9 (1) andre ledd, (3) og (4) tillater ikke avvik. Artikkel 9 består av fire punkter.

3.1.2 Artikkel 9 (1) – den generelle forbudsbestemmelse

Beskyttelse av forretningshemmeligheter forutsetter at personer som får tilgang til slik informasjon ikke lovlig skal kunne utnytte den. Som en følge av dette presiserer artikkel 9 (1) første ledd at alle som får tilgang til forretningshemmeligheter gjennom deltakelse i rettergangen ”are not permitted to use or disclose any trade secret or alleged trade secret ...” som domstolen har ”identified as confidential”. Domstolen identifiserer informasjon som konfidensiell på anmodning fra en part eller av eget initiativ. De som får tilgang til forretningshemmeligheter pålegges taushetsplikt og gis forbud mot å utnytte denne informasjonen. Dette er hovedformålet med artikkel 9.

Restriksjonene som oppstilles i artikkel 9 (1) retter seg mot to grupper som får tilgang til forretningshemmeligheter. Den første gruppen er “*parties, their lawyers or other representatives, court officials, witnesses, experts and any other person participating in legal proceedings...*” som får tilgang gjennom deltakelse i selve prosessen (min kursivering). Både ved tilgang til dokumenter og ved tilstedeværelse i rettsmøter. Den andre gruppen er de som “*has access to documents which form part of those legal proceedings...*” (min kursivering). Denne gruppen deltar ikke personlig i rettergangen men vil gjerne ha sitt virke i domstolene.

Restriksjonene i artikkel 9 er rettet mot informasjon som begge grupper ”have become aware as a result of such participation or access.” jf. artikkel 9 (1). Informasjon som er ervervet på annen måte faller utenfor bestemmelsen. Her er det imidlertid rom for ulike tolkninger; ”become aware” kan henseile på at man har blitt informert om at informasjonen er konfidensiell og dermed har kunnskap om dens konfidensialitet. For deltakere i selve rettsprosessen vil det ikke være særlig tvil om at det trygt kan legges til grunn at aktørene er kjent med alle rettens beslutninger, herunder konfidensialitet. Dette kan tilsi at ”become aware” først og fremst knytter seg til gruppe to, det vil si de som ikke deltar i selve forhandlingene, men får tilgang som domstolsansatt.

Artikkel 9 skal legge til rette for at de som utsettes for misbruk av forretningshemmeligheter oppsøker domstolen for å få beskyttelse i tiltro til at konkurransesensitiv informasjon ikke

⁷⁰ Hva som er bedre beskyttelse må trolig EU-domstolen avgjøre.

kommer på avveie og blir misbrukt. Rettighetshaver er helt avhengig av at de som måtte få tilgang til den konkurransesensitive informasjon, forbys å bruke eller avsløre informasjonen. Hva som omfattes av ulovlig "use or disclosure" må vurderes i lys av artikkel 4, sammenholdt med lovlige handlinger i artikkel 3. Nærmere grensedragning vil EU-domstolen måtte fastsette.

Med "alleged trade secret" siktes det til informasjon domstolen enda ikke har tatt stilling til om oppfyller kravene i artikkel 2 (1). Partenes pretensjon for at det foreligger en forretningshemmelighet virker i utgangspunktet å være tilstrekkelig såfremt denne pretensjon ikke er åpenbart uriktig, jf. "duly reasoned application". Hva som er "duly reasoned" vil nødvendigvis bero på en konkret vurdering. Til sammenligning er det i artikkel 11 benyttet "a sufficient degree of certainty". Det er derfor noe uklart hvilket beviskrav som må oppfylles i tilknytning til begrepet "duly reasoned".

Hvorvidt den annen part involveres i denne prosessen fremgår ikke av Direktivet, men prinsippet om kontradiksjon og rett til å uttale seg vil måtte respekteres, jf. EUs Charter of Fundamental Rights artikkel 47 andre ledd og EMK artikkel 6 nr. 1.⁷¹ Etersom begrepet "alleged trade secret" også er benyttet i tillegg til "trade secret" antas det at hensikten har vært å angi at en velbegrunnet pretensjon for at det foreligger en forretningshemmelighet vil være tilstrekkelig for å oppnå beskyttelse.

Domstolen vil trolig være tilbakeholden med å overprøve en velbegrunnet anmodning hvor det pretenderes at informasjonen må beskyttes. Det ligger ikke alltid til rette for at domstolen foretar en prejudisiell prøving, slik at partenes pretensjon om at informasjonen er "trade secret" kan være tilstrekkelig for å iverksette beskyttende tiltak. Det er med andre ord ikke nødvendig for rettighetshaver å føre bevis for at det faktisk foreligger en forretningshemmelighet som skal undergis taushetsplikt. Når retten har besluttet at informasjonen skal betraktes som konfidensiell og underlegges taushetsplikt vil den som opptrer i strid med dette bli gjenstand for sanksjoner etter artikkel 16. Før informasjonen er vurdert av domstolen vil da bruk og avsløring av informasjon som senere viser seg ikke å oppfylle kravene i artikkel 2 også være ulovlig.

Det er imidlertid ikke bare de forretningshemmeligheter som er sakens tvistegjenstand som kan ha behov for beskyttelse. Under bevisføringsplikten kan det komme opp annen

⁷¹ Fredriksen og Mathiesen (2014), side 191, om EUs Charter of Fundamental Rights artikkel 47 andre ledd og EMK artikkel 6 nr. 1.

informasjon som har samme behov for beskyttelse tilsvarende den som angivelig er misbrukt. Slik informasjon vil ikke være tvistegjenstand og retten vil da ikke ta endelig stilling til om informasjonen tilfredsstillende vilkårene i artikkel 2 (1). Partenes velbegrunnede pretensjon kan være tilstrekkelig for at retten treffer en beslutning som verner slik informasjon. I den forbindelse må det trolig legges til grunn at den som trosser et påbud etter artikkel 9 må føre bevis for at det på tross av rettens beslutning likevel ikke forelå en trade secret, eller at handlingen omfattes av et av unntakene i artikkel 5. Bevisbyrden kan dermed i realiteten være snudd. Det er ikke rettighetshaver som trenger å føre bevis for at han besitter en "trade secret" som er misbrukt, når retten i den forrige sak besluttet (gjørne bare basert på partens velbegrunnede pretensjon) at informasjonen skal beskyttes. Da er det i utgangspunktet tilstrekkelig å vise til at det foreligger et brudd på rettens beslutning. Sammenlignet med norsk rett kan det her foreligge et avvik fra prinsippet om tvilsrisiko idet det er den som krever noe som må føre bevis for at alle forutsetninger for kravets betingelse er tilstede. Virkningen av begrepet "alleged trade secret" og "duly reasoned application" er trolig en problemstilling EU-domstolen fort vil måtte ta stilling til.

3.1.3 Artikkel 9 (1) andre ledd bokstav (a) og (b) - varighet og bortfall av restriksjoner

Forbudet mot å bruke eller avsløre forretningshemmeligheter "shall remain in force after the legal proceedings have ended", jf. artikkel 9 (1) andre ledd. Dette kan virke som en overflødig presisering ettersom noe annet ville innebære at konfidensialiteten kun var beskyttet i selve rettergangen. To unntak oppstilles fra denne hovedregelen og medfører at forbudet mot bruk eller videregivelse bortfaller. Plikten oppheves dersom "the alleged trade secret is found, by a final decision, not to meet the requirements set out in point (1) of Article 2..." jf. artikkel 9 (1) andre ledd bokstav (a). Hvis retten fastslår at den aktuelle informasjonen ikke oppfyller kravene i artikkel 2 (1) vil grunnlaget for beskyttelse bortfalle. Da har retten konkludert med at informasjonen ikke oppfyller de materielle kravene som stilles til forretningshemmeligheter.

Forbudet mot bruk og videregivelse bortfaller også hvis informasjonen over tid blir allment kjent blant eller lett tilgjengelig for personer som vanligvis er i befatning med slik informasjon ("generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with that kind of information."), jf. artikkel 9 (1) andre ledd bokstav (b). Dette

er det samme vilkåret som finnes i artikkel 2 (1) (a). Forskjellen mellom bokstav (a) og (b) knytter seg til tidspunktet for vurderingen. I bokstav (a) konkluderer retten ved en rettskraftig dom med at informasjonen ikke oppfyller vilkårene etter artikkel 2 (1). I bokstav (b) mister informasjonen over tid sin karakter og rettighetshavers behov for beskyttelse bortfaller.

3.1.4 Artikkel 4 og 3 – ulovlige og lovlige handlinger

Anvendelsesområde til artikkel 9 er ”legal proceedings relating to the unlawful acquisition, use or disclosure of a trade secret”, jf. artikkel 9 (1) første ledd. Dette innebærer at artikkelen kun omfatter sivile tvister om misbruk av forretningshemmeligheter som behandles av domstolene. For å få en bedre forståelse av hvilke type saker artikkel 9 omfatter er det nødvendig å forklare hva som regnes som misbruk av forretningshemmeligheter. Hva som regnes som ”unlawful acquisition, use or disclosure” fremgår av artikkel 4 (2) og (3). Det skilles mellom tilegnelse ”acquisition” i artikkel 4 (2) og bruk eller avsløring ”use or disclosure” i artikkel 4 (3).

Ulovlig tilegnelse (”acquisition”) beskrives i artikkel 4 (2) bokstav (a) og (b), som:

“(a) unauthorised access to, appropriation of, or copying of any documents, objects, materials, substances or electronic files, lawfully under the control of the trade secret holder, containing the trade secret or from which the trade secret can be deduced;”

“(b) any other conduct which, under the circumstances, is considered contrary to honest commercial practices.”

Definisjonen favner om et stort antall ulike måter å tilegne seg forretningshemmeligheter på.⁷² Ordlyden består av vage og fleksible uttrykk som kan gjøre beskyttelsen vanskeligere.⁷³ Lovgivningsteknikken gir rom for ulik praksis i medlemslandene, men slikt kan eventuelt bli korrigert av EU-domstolen.⁷⁴ I direktivutkastet fra 2013 inneholdt artikkel 4 (2) (daværende artikkel 3 (2)) strafferettslige begreper som ”theft” og ”bribery”. Disse ble fjernet for ikke å gjøre harmoniseringen regelverket for beskyttelse av forretningshemmeligheter unødvendig komplisert.

⁷² Lunde (2014), side 129, punkt 1.3.

⁷³ Lunde (2014), side 130, punkt 1.3.

⁷⁴ Knaak, Kur og Hilty (2014), side 955.

Ulovlig bruk ("use") og avsløring ("disclosure") jf. artikkel 4 (3) foreligger hvis rettighetshaver ikke har samtykket og en person har foretatt en av følgende handlinger:

- (a) having acquired the trade secret unlawfully;
- (b) being in breach of a confidentiality agreement or any other duty not to disclose the trade secret;
- (c) being in breach of a contractual or any other duty to limit the use of the trade secret.

Artikkel 4 (daværende artikkel 3 (2) og (3)) inneholdt i direktivutkastet fra 2013 et krav om at handlingen var gjort med forsett eller grov uaktsomhet ("intentionally or with gross negligence"), uten samtykke fra rettighetshaver. Dette skyldkravet er nå fjernet i artikkel 4 (2) og (3) og medfører i utgangspunktet at all tilegnelse, bruk og videregivelse uten samtykke fra rettighetshaver er ulovlig.⁷⁵

Dette innebærer at en varsler må bevise å ha offentliggjort forretningshemmeligheter for å avsløre "misconduct, wrongdoing or illegal activity" og at dette ble gjort "for the purpose of protecting the general public interest" jf. artikkel 5 bokstav (b).⁷⁶ Rettighetshaver trenger bare å bevise at det ikke forelå samtykke. Ettersom definisjonen av forretningshemmeligheter er vid kan frykten for å bli saksøkt hindre folk fra å avsløre samfunnsnyttig informasjon, tilsvarende den som nevnes i punkt 2.2.1.

Med referanse til det som følger av artikkel 4 (3) er det i artikkel 4 (4) etablert tiltak rettet mot personer som ved tidspunktet for tilegnelse, bruk eller videregivelse visste eller burde forstått ("knew or ought, under the circumstances, to have known") at forretningshemmeligheten stammet direkte eller indirekte fra en person som bruke eller avslørte forretningshemmeligheter i strid med artikkel 4 (3). Artikkel 4 (5) omhandler forskjellige ulovlige aktiviteter. Det å produsere, tilby eller plassere på markedet inngrepsgjensander, import, eksport eller lagring av slike gjenstander, skal anses ulovlig hvis vedkommende forstod eller burde forstått at forretningshemmeligheter ble brukt ulovlig, jf. artikkel 4 (3).

Som en motvekt til artikkel 4 er det i artikkel 3 trukket frem lovlige former for tilegnelse, bruk og videregivelse. Det er i artikkel 3 (1) bokstav (a) til (d) presisert lovlige former for

⁷⁵ Unntak følger blant annet av artikkel 3 og 5.

⁷⁶ Hva som omfattes av "the general public interest" er også et tolknings spørsmål.

tilegnelse av forretningshemmeligheter. Lovlig tilegnelse foreligger ved uavhengig oppdagelse eller skapelse (bokstav (a)), omvendt utvikling ("reverse engineering")(bokstav (b)), arbeidstaker eller representanter for arbeidstakeres rett til informasjon og konsultasjon med hjemmel i EU-retten eller nasjonal lovgivning (bokstav (c)) og all annen praksis som etter omstendighetene er i samsvar med god forretningskikk (bokstav (d)) (min oversettelse).

Lovlig tilegnelse, bruk og videregivelse foreligger hvis det er "required or allowed by Union or national law.", jf. artikkel 3 (2).

3.1.5 Artikkel 9 (2) – beskyttende tiltak

Informasjonens karakter nødvendiggjør klare hjemler for beskyttende tiltak. Domstolen må ha "specific measures necessary to preserve ... confidentiality ...", jf. artikkel 9 (2) første ledd. Det oppstilles i artikkel 9 (2) andre ledd bokstav (a) til (c) tre tiltak som domstolene må kunne iverksette for å bevare konfidensialitet. Tiltakene kan gjennomføres på anmodning fra partene eller av eget initiativ fra domstolen. Artikkel 9 (2) gjelder informasjon som er brukt eller referert til i selve rettergangen. Bokstav (a) til (c) i artikkel 9 (2) er minimumstiltak som nasjonal lovgivning må gi rom for, jf. "shall at least include the possibility" jf. artikkel 9 (2) andre ledd. Det er viktig å merke seg at medlemslandene kan "provide for more far-reaching protection against the unlawful acquisition, use or disclosure of trade secrets than that required by this Directive ..." jf. artikkel 1 (1) og fortalen punkt (10). Dette forutsetter blant annet at beskyttelsen ikke bryter med "the second subparagraph of Article 9(1), Article 9(3) and (4)".

Med mindre domstolen selv tar initiativ er det ingen automatikk i at slike tiltak benyttes. Parten må sende inn en "duly reasoned application" jf. artikkel 9 (2) første ledd. I likhet med hva som gjaldt artikkel 9 (1) benyttes begrepet "alleged trade secret", som kan henseile på at det er partens pretensjon som legges til grunn. Rettighetshaver trenger, dersom dette er en riktig forståelse av begrepet "alleged", ikke bevise med sannsynlighetsovervekt at vedkommende har en forretningshemmelighet, før domstolen iverksetter tiltak etter artikkel 9 (2) andre ledd.

For å sikre en rettferdig rettergang er det nødvendig med spesifikke tiltak for å bevare konfidensialitet jf. fortalen punkt (24). Som et minimum må domstolene kunne begrense "the circle of persons entitled to have access to evidence or hearings ..." jf. fortalen punkt (25).

Domstolene må kunne begrense tilgangen til “any document containing trade secrets or alleged trade secrets submitted by the parties or third parties, in whole or in part, to a limited number of persons” jf. artikkel 9 (2) andre ledd bokstav (a). Antall personer som får innsyn i slike dokumenter kan reduseres, og ordlyden indikerer at bokstav (a) typisk vil omfatte dokumentbevis som partene sender inn til domstolen. Begrensningen kan skje ved at hele eller deler av dokumenter unntas. Domstolene må også kunne begrense tilgang til “hearings, when trade secrets or alleged trade secrets may be disclosed, and the corresponding record or transcript of those hearings to a limited number of persons” jf. artikkel 9 (2) bokstav (b). Bokstav (b) hjemler en adgang til å lukke dørene i rettsmøter hvor forretningshemmeligheter kan bli lagt frem. Det legges også restriksjoner på hvem som får tilgang til protokollerte rettsmøter, altså rettsboken. Tiltakene som etableres i bokstav (a) og (b) legger klare restriksjoner på offentlighet i rettergangen. Restriksjonene skal imidlertid ikke påvirke domstolsansatte når det gjelder spørsmålet om og i hvilket omfang tilgang deres skal begrenses; ”relevant court officials should also have full access to evidence and hearings for the exercise of their duties.” jf. fortalet punkt (25).

Bokstav (a) og (b) presiserer at kun ”*a limited number of persons*” (min kursivering) skal få tilgang til forretningshemmeligheter når slike tiltak iverksettes. Kretsen av personer som får tilgang skal ikke være større enn nødvendig for å sikre en forsvarlig rettergang i medhold av artikkel 9 (3), og ”shall include, at least, *one natural person* from each party and the *respective lawyers or other representatives* of those parties to the legal proceedings.” jf. artikkel 9 (2) andre ledd (min kursivering). Ordlyden kan forstås på to måter. Den kan forstås slik at minst én person fra hver av partene alltid skal ha tilgang til forretningshemmeligheter, og vedkommende skal være representert av prosessfullmektig eller annen representant. En slik tolkning kan forsvares av hensyn til motpartens krav på bevis tilgang og kontradiksjon. Ordlyden kan også forstås slik at enten får minst én person hos hver av partene og deres prosessfullmektig tilgang, eller så vil kun en annen representant få tilgang, på vegne av parten.

I direktivutkastet fra 2013 var det i daværende artikkel 8 (2) bokstav (a) (nå artikkel 9) mulig for domstolen å bestemme at forretningshemmeligheter ”shall not be disclosed to the other party...” jf. artikkel 8 (2) tredje ledd.⁷⁷ Behovet for å beskytte forretningshemmeligheter medførte da at motparten kunne hindres i å få direkte tilgang til dokumenter som inneholdt

⁷⁷ COM(2013) 813.

forretningshemmeligheter. Det var i ”exceptional circumstances...” mulig å begrense partens “access to those hearings...” jf. artikkel 8 (2) bokstav (b). Domstolen kunne på vegne av parten i både bokstav (a) og (b) gi prosessfullmektig eller annen representant tilgang. Disse skulle da ha taushetsplikt i medhold av artikkel 8 (1). Parten selv kunne følgelig nektes tilgang til dokumenter og/eller rettsmøter. Ordlyden fra 2013 ble fjernet i Rådets direktivutkast fra 2014. Det fremgår nå av fortalen punkt (25) at den begrensede krets av personer

“should therefore consist of at least *one natural person* from each of the parties as well as the *respective lawyers* of the parties *and*, where applicable, *other representatives* appropriately qualified in accordance with national law in order to defend, represent or serve the interests of a party in legal proceedings covered by this Directive, who should all have full access to such evidence or hearings.” (min kursivering).

Det er følgelig en forskjellen mellom ordlyden i artikkel 9 (2) andre ledd og fortalens punkt (25). Forskjellen ligger i bruken av ordene ”or” og ”and”. Fortalen gir inntrykk av at tilgang kan gis til ”other representatives” som et supplement jf. ”and”. Slik tilgang virker da ikke å gå på bekostning av partens personlige tilgang. Gjennomgangen viser at det er rom for ulike tolkninger av ordlyden.

På bakgrunn av dette tilsier ordlyden i artikkel 9 (2) andre ledd og fortalen punkt (25) at minst én person hos hver av partene alltid skal ha tilgang til forretningshemmeligheter. Det forelå tidligere en klar adgang til i spesielle tilfeller å hindre slik tilgang, men denne adgangen ble fjernet i nyere utkast av Direktivet. Endringen fra 2013 innebærer at artikkel 9 nå legger opp til en svakere beskyttelse av rettighetshaver mot ulovlig tilegnelse, bruk eller videregivelse. Motparten får da direkte tilgang til forretningshemmeligheter og pålegges kun taushetsplikt.

Det siste tiltaket domstolen må kunne iverksette fremgår av bokstav (c). Domstolene skal kunne lage ”a non-confidential version of any judicial decision, in which the passages containing trade secrets have been removed or redacted.” Ved å publisere ikke-konfidensielle rettsavgjørelser sikres en viss offentlighet i rettspleien. Det er i utgangspunktet bare selve forretningshemmelighetene som er beskyttelsesverdig, ikke omstendighetene rundt.

Publisering av rettsavgjørelser kan virke avskrekkende og bidrar til ”awareness of the public at large.” jf. fortalen punkt (31). Nærmere regler for publisering av rettsavgjørelser er gitt i artikkel 15.

Bokstav (a) til (c) er altså minimumstiltak, og medlemslandene kan etablere bedre beskyttelse mot ulovlig tilegnelse, bruk eller videregivelse av forretningshemmeligheter. Forutsatt at beskyttelsen ikke går på bekostning hva som fremgår i artikkel 1 (1) andre ledd.

3.1.6 Artikkel 9 (3) – proporsjonalitet

I vurderingen av tiltakenes proporsjonalitet, følger det av av artikkel 9 (3) at domstolen

”shall take into account the need to ensure the right to an *effective remedy* and to a *fair trial*, the legitimate *interests of the parties* and, where appropriate, of *third parties*, and *any potential harm* for either of the parties, and, where appropriate, for third parties, resulting from the granting or rejection of such measures.” (min kursivering).

Dette illustrerer at domstolen før den iverksetter tiltak etter artikkel 9 (2) andre ledd (a) til (c) må foreta en sammensatt vurdering av tiltakenes proporsjonalitet. For det første må domstolen ta hensyn til rettighetshaver ved å sørge for effektive rettsmidler. Dette innebærer blant annet at tiltakene som iverksettes må være egnet til å bevare konfidensialitet. Det andre domstolen må vurdere er om tiltakene kan gjennomføres på en måte som sikrer retten til en ”fair trial”. Direktivet presiserer ikke hva dette innebærer, men det er grunn til å tro at dette bygger på de samme hensyn som følger av retten til en forsvarlig rettergang i EUs Charter of Fundamental Rights artikkel 47 andre ledd og EMK artikkel 6 nr. 1.⁷⁸ Både rettighetshaver og motparten vil ha krav på at tiltakene gjennomføres på en måte som sikrer retten til en ”fair trial”. For det tredje må domstolen ta hensyn til om tiltakene kan skade partene, eller tredjepersoner hvor det er naturlig å ta hensyn til dette. Det vil for eksempel være naturlig å ta hensyn til allmennheten når domstolen skal vurdere om og i hvor stor grad rettsmøtene skal lukkes. Samtidig må domstolen vurdere hva åpne rettsmøter vil innebære for rettighetshaver. Domstolen må i medhold av artikkel 9 (3) gjennom hele rettergangen vurdere tiltakenes proporsjonalitet. Tilgangen til dokumenter, rettsmøter og rettsavgjørelser skal derfor ikke begrenses mer enn nødvendig.

⁷⁸ Fredriksen og Mathiesen (2014), side 191, om EUs Charter of Fundamental Rights artikkel 47 andre ledd og EMK artikkel 6 nr. 1.

3.1.7 Artikkel 9 (4) – personvern

Artikkel 9 (4) presiserer at personopplysninger må respekteres i medhold av Direktiv 95/46/EC. Dette er personverndirektivet, og innebærer at alle som deltar i rettergangen må ha ”respect for private and family life and to protection of personal data ... when taking steps to protect a trade secret ...” jf. punkt (35) i fortalen.

3.1.8 Artikkel 16 første ledd - sanksjoner mot brudd

For at et forbud mot bruk eller videregivelse skal ha reell virkning må brudd på plikten etter artikkel 9 (1) kunne føre til følbare negative konsekvenser. Domstolene må kunne ”impose sanctions on any person who fails or refuses to comply with any measure adopted pursuant to Articles 9, 10, and 12.” jf. artikkel 16 første ledd. Slike reaksjoner skal være ”effective, proportionate and dissuasive.” jf. artikkel 16 tredje ledd. Sanksjonsbestemmelser i Direktivet er *lex specialis* over EUs direktiv om håndheving av immaterielle rettigheter (2004/48/EF) om det skulle foreligge overlappende regler, jf. fortalen punkt (39).

Direktivet gir ikke direkte anvisning på straff for brudd på restriksjoner i artikkel 9 (1). Unntaket er at domstolen ved brudd på tiltak etter artikkel 10 og 12 skal kunne pålegge tvangsmulkt (”recurring penalty payments”), jf. artikkel 16 andre ledd. EU legger med artikkel 16 opp til at medlemslandene selv skal kunne bestemme egnede sanksjoner ved brudd på artikkel 9. Når medlemslandene står mer eller mindre fritt til å velge sanksjoner kan man spørre om EU går langt nok i sitt uttrykte behov for harmonisering. Det er imidlertid ikke utenkelig at EU-domstolen etter hvert vil komme på banen å kreve en visst minstestraft.

3.2 Enkelte bemerkninger

Artikkel 9 er utvilsomt et godt utgangspunkt for beskyttelse av forretningshemmeligheter i sivilrettslig domstolsbehandling. En god beskyttelse forutsetter imidlertid at medlemslandene i nasjonal lovgivning etablerer ytterligere beskyttelse mot misbruk. Det å gi motparten direkte tilgang til dokumenter som inneholder forretningshemmeligheter er ingen god beskyttelse for rettighetshaver. At vedkommende pålegges taushetsplikt kan hindre motparten fra å spre informasjonen videre, men er mindre egnet til å hindre at motparten selv utnytter forretningshemmeligheter. Dersom en bedrift får kunnskap om hvordan en konkurrent driver sin virksomhet eller kjennskap til hvordan et konkurrerende produkt lages, vil det naturligvis

foreligge en risiko for misbruk av denne informasjonen. Konkurrenten vil da kunne innordne sin egen virksomhet etter dette, noe som igjen vil påvirke konkurransen mellom partene. Har konkurrenten først fått denne informasjonen kan det senere være vanskelig å bevise misbruk. Det er krevende å bevise at strategiske valg og handlinger ikke ville blitt foretatt uten tilgang til konkurrentens forretningshemmeligheter.

4 Er norsk rett i samsvar med Direktivets artikkel 9?

4.1 Forbud mot bruk og videregivelse

4.1.1 Tvl. § 22-12, jf. dl. § 128 - taushetsplikt

Spørsmålet er om norsk sivilprosess er i samsvar med artikkel 9 (1) om tiltak rettet mot de som får tilgang til forretningshemmeligheter som følge av rettergang. Artikkel 9 (1) første ledd gir rom for avvik i nasjonal lovgivning, andre ledd gir ikke rom for avvik, jf. artikkel 1 (1) andre ledd.

Som nevnt i punkt 1.1 inneholder norsk rett ingen tilsvarende bestemmelse som artikkel 9. Vern mot rettsstridig utnyttelse av forretningshemmeligheter følger av mfl. §§ 28 og 29. Markedsføringsloven omfatter kun personer som har fått kunnskap om eller rådighet over en forretningshemmelighet ”i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold” jf. mfl. §§ 28 første ledd og § 29. Følgelig omfattes ikke situasjoner hvor personer får tilgang til forretningshemmeligheter som følge av rettergang.⁷⁹

Et mulig rettslig grunnlag følger av tvl. § 22-12, jf. dl. § 128.⁸⁰ Domstolen kan pålegge alle som får tilgang til forretningshemmeligheter taushetsplikt. Hovedregelen er at taushetsplikt pålegges alle tilstedeværende, inkludert rettens medlemmer.⁸¹ Retten må uttrykkelig påpeke at informasjonen skal holdes hemmelig – det er ikke nok at dørene i rettsmøte lukkes. Formålet med tiltaket er å begrense skadevirkningene av at beviset føres. Pålegg om hemmelighold gjelder både offentlig og privat gjengivelse, og brudd på dette kan straffes med bøter i medhold av dl. § 199.

Taushetsplikt pålegges ”hvis ikke samtykket bestemmer noe annet.” jf. § 22-12 (1) første punktum. Første ledd gjelder altså bare hvor rettighetshaver selv har samtykket til at beviset skal føres. I norsk rett er det i utgangspunktet bevisfritak for forretningshemmeligheter, jf. tvl. § 22-10 første setning, rettighetshaver kan likevel velge å legge frem

⁷⁹ Tilsvarende i strl. 2005 § 207.

⁸⁰ Se tilsvarende i Lunde (2013), side 136, punkt 2.5.

⁸¹ Unntak: Rt. 1998 s. 727 hvor kun personer som var tilstede i medhold av § 127 ble pålagt taushetsplikt.

forretningshemmeligheter som bevis. Retten skal altså pålegge alle som er tilstede taushetsplikt med mindre rettighetshaver bestemmer noe annet. At en rettighetshaver skulle si fra seg denne muligheten er imidlertid lite sannsynlig. Pålegger retten de tilstedeværende taushetsplikt ”skjer muntlig forhandling om beviset for lukkede dører” jf. § 22-12 (1) andre punktum. Taushetsplikten skal pålegges ”de tilstedeværende”, hvilket skulle tilsi at bestemmelsen kun gjelder ved muntlig forhandling. Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen også omfatter skriftlige bevis.⁸² Taushetsplikten kan derfor gjelde opplysninger fra saksdokumenter eller fra rettsmøter.⁸³ Bestemmelsen anses også å omfatte saksforberedelse i muntlige saker, jf. blant annet Rt. 2009 s. 125 (avsnitt 25). Av praktiske grunner må spørsmålet om taushetsplikt kunne avgjøres før rettsmøtet.⁸⁴

Andre ledd i § 22-12 omfatter tilfeller hvor bevis føres i henhold til pålegg fra retten. Nekter rettighetshaver å legge frem forretningshemmeligheter kan retten om den finner det ”påkrevd” kreve fremleggelse, jf. tvl. § 22-10 andre setning. Påberoper rettighetshaver seg bevisfritak, jf. § 22-10, må naturligvis retten først vurdere om beviset faktisk er en forretningshemmelighet. Har den ikke gjort dette vil retten vanskelig kunne ha foretatt en forsvarlig vurdering av hva som er ”påkrevd”.⁸⁵ Dette tyder på at det i utgangspunktet er tilstrekkelig med en anmodning fra rettighetshaver, men at domstolen som i artikkel 9 (1) andre ledd bokstav (a) kan komme frem til at informasjonen ikke oppfyller vilkårene for beskyttelse.

Føres beviset ”kan retten pålegge taushetsplikt og bestemme at muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører” jf. § 22-12 (2) første punktum. I motsetning til første ledd er det her opp til retten å bestemme hvorvidt taushetsplikt er nødvendig, jf. ”kan”. Ettersom retten har pålagt bevisføring innebærer dette at diskresjonsvernet er svakere enn i tilfeller hvor bevisperson har samtykket.⁸⁶ Retten har da alt foretatt en vurdering og etter en avveining kommet frem til at det er ”påkrevd” å føre beviset jf. § 22-10 andre punktum. I saker om misbruk av forretningshemmeligheter vil retten trolig alltid pålegge taushetsplikt. Retten kan pålegge taushetsplikt for hele sakens opplysninger eller en mindre del. Dette innebærer at

⁸² NOU 2001:32 B Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven), side 956 med merknad til utkast § 25-1 annet ledd.

⁸³ Backer (2015), side 108.

⁸⁴ Rt. 1997 s. 1843 (straffesak). Det samme må trolig gjelde i sivile saker.

⁸⁵ LA-2010-175371.

⁸⁶ Tvisteloven 2. utgave - § 22-12. Taushetsplikt og lukkede dører kommentarutgave av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie Universitetsforlaget / kommentarutgaver.no - 31-05-2016.

både doms- og kjennelsesgrunnene kan omfattes hvis forretningshemmeligheter fremgår av disse. Det kan ikke pålegges taushetsplikt for domsslutningen.⁸⁷

4.1.2 Dl. § 63 a – taushetsplikt

Dommere og andre som utfører tjeneste eller arbeid for et dommerkontor har taushetsplikt om forretningshemmeligheter som de i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om, jf. dl. § 63a. Denne taushetsplikten omfatter ikke ”noe som er kommet frem i et rettsmøte eller en rettsavgjørelse” jf. tredje ledd første setning. Dette gjelder ”både når saken går for åpne dører og når den går for lukkede dører.”⁸⁸ Taushetsplikten omfatter heller ikke ”det som er framkommet i de deler av et saksdokument som allmennheten kan gis innsyn i etter reglene i tvisteloven kapittel 14.” jf. tredje ledd andre setning. Bestemmelsen har klare likhetstrekk med artikkel 9 (1) ettersom den gjelder personer som har fått tilgang til informasjonen utenfor selve rettsmøte, typisk i dokumenter som er sendt inn til domstolen. Brudd på denne taushetsplikten straffes med ”bot eller fengsel inntil 1 år” jf. strl. 2005 § 209. Straffen er her strengere enn hva som følger av dl. § 199.

4.1.3 Bortfall av taushetsplikt

Forbudet mot gjengivelse av den taushetsbelagte informasjon gjelder for alltid eller så lenge retten fastsetter at den skal gjelde.⁸⁹ For forretningshemmeligheter må utgangspunktet være at taushetsplikten bortfaller når informasjonen ikke oppfyller vilkårene for beskyttelse. Som vist til i punkt 2.2.2 forsvinner grunnlaget for beskyttelse hvis informasjonen ikke oppfyller samtlige tre vilkår som oppstilles i Rt. 2007 s. 1841.

Oppgavens punkt 4.1 viser at norsk sivilprosess er i samsvar med artikkel 9 (1) første og andre ledd. De som får tilgang til forretningshemmeligheter ved deltakelse i prosessen kan pålegges taushetsplikt, og de som får tilgang gjennom sitt virke hos domstolen har en lovbestemt taushetsplikt. Brudd på taushetsplikten kan straffes etter henholdsvis dl. § 199 og strl. 2005 § 209. Dette virker å være i overensstemmelse med hva som følger av ”sanctions” i Direktivets artikkel 16 (1). Det er også klart at taushetsplikten bortfaller når grunnlaget for

⁸⁷ Ot.prp.nr.47 (1985-1986) Om lov om endringer i rettergangslovgivningen, side 69.

⁸⁸ Rundskriv G-2001-22 om offentlighet i rettspleien, punkt 5.3.

⁸⁹ Domstoloven - § 128 kommentarutgave av Anders Bøhn Universitetsforlaget / kommentarutgaver.no - 31-05-2016.

beskyttelse ikke lengre er tilstede. Det kan imidlertid virke som at know how ikke omfattes av tvl. § 22-10, jf. § 22-12.

4.2 Begrensninger i tilgangen til forretningshemmeligheter

4.2.1 Begrenset tilgang til dokumenter

Spørsmålet er om norsk sivilprosess er i samsvar med artikkel 9 (2) om beskyttende tiltak. Artikkel 9 (2) tillater avvik i nasjonal lovgivning, forutsatt at beskyttelsen mot misbruk av forretningshemmeligheter er bedre enn hva som følger av artikkel 9 (2) og ikke kommer i konflikt med artikkel 1 (1) andre ledd.

Som nevnt i punkt 4.1.1 er utgangspunktet i norsk sivilprosess bevisfritak for forretningshemmeligheter jf. tvl. § 22-10 første setning. Motparten har altså ikke et ubetinget krav på tilgang til dokumenter som inneholder forretningshemmeligheter. Retten kan likevel pålegge fremleggelse hvis det er ”påkrevd”, jf. tvl. § 22-10 andre setning. I Rt. 2003 s. 1215 (avsnitt 31) kom Høyesterett frem til at ”slikt pålegg må være sterkt begrunnet, og det gjelder ikke minst når det er tale om å gi opplysningene til en konkurrent.” Rettspraksis fra før tvisteloven er fremdeles relevant ettersom tvl. § 22-10 ”svarer med en liten språklig endring til nåværende tvistemålslov § 209...”⁹⁰

I saker om misbruk av forretningshemmeligheter vil partene ofte være konkurrenter. Terskelen for å pålegge fremleggelse er høy og heves ytterligere i slike tilfeller. I Rt. 2009 s. 1103 (avsnitt 38) fremhever Høyesterett at dokumentframleggelse vil kunne skje ”med pålegg om hemmelighold” jf. tvl. § 22-12 andre ledd. Det uttales i avsnittets andre setning at: ”[d]ette er ikkje aktuelt i saka no, ettersom det er tale om å gi opplysningane til ein konkurrent – i praksis den einaste konkurrenten på innanriksruter.” Tvisten stod mellom flyselskapene Norwegian og SAS. Det å pålegge motparten taushetsplikt er ikke ansett å være tilfredsstillende beskyttelse mot misbruk fra en konkurrent. Det har derfor utviklet seg en praksis som kan sies å senke terskelen for hva som er ”påkrevd”. Høyesterett påpeker i Rt. 2008 s. 1653 at:

⁹⁰ NOU 2001:32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven) § 25-10 Bevisfritak for drifts- eller forretningshemmeligheter [Lovens § 22-10]

”[d]et resultat lagmannsretten er kommet til, fremstår som særlig nærliggende ettersom provokasjonen går lenger enn å sikre den informasjon som det etter omstendighetene kan være behov for i saken, og forholdene dessuten ligger slik an at de nødvendige data for å beregne det krav den ankende part måtte ha, kan fremskaffes *uten at forretningshemmeligheter gjøres kjent for den ankende part.*” (avsnitt 22) (min kursivering).

Lagmannsretten hadde etter en avveining av de ulike hensyn konkludert med at det ikke var grunnlag for å pålegge rettighetshaver å gjøre dokumenter som inneholdt forretningshemmeligheter tilgjengelig jf. tvl. § 22-10. Det er altså ikke nødvendig å gi motparten direkte tilgang, hvis vedkommende er tilstrekkelig hjulpet ved en indirekte tilgang gjennom å benytte uavhengig tredjemann;

”[v]ed den fornyede behandling må lagmannsretten vurdere om ankemotparten skal pålegges å fremlegge avtaler og nødvendige regnskapsdata for *en uavhengig tredjemann* som gis i oppdrag å angi den ankende parts eventuelle andel i ulike bonusordninger som det er påstått rett til andel i.” (avsnitt 28) (min kursivering)

Høyesterett poengterer at den uavhengige tredjemann må ha taushetsplikt, og at vedkommende skal utarbeide en fremstilling som ikke avslører forretningshemmeligheter. En slik tredjemann vil typisk være rettsoppnevnt sakkyndig, jf. tvl. § 25-2. Retten må vurdere om motparten er tilstrekkelig hjulpet ved tilgang til dokumenter hvor den sensitive informasjonen er fjernet.⁹¹ En slik tilgang vil beskytte rettighetshaver, men tar samtidig hensyn til motparten.⁹²

Pressen og allmennhetens tilgang dokumenter som inneholder forretningshemmeligheter kan også begrenses. Offentlighet i rettspleien er et grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp og fremgår blant annet av EMK⁹³ artikkel 6 nr. 1, SP artikkel 14 nr. 1 og Grunnloven (heretter GrL.)⁹⁴ § 95. Formålet med prinsippet er ”å sikre offentlig kontroll med og mulighet for kritikk

⁹¹ Tvisteloven 2. utgave - § 22-10. Bevisfritak for drifts- eller forretningshemmeligheter kommentarutgave av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie Universitetsforlaget / kommentarutgaver.no - 31-05-2016.

⁹² I LA-2010-199159 ble det av Agder lagmannsrett ikke ble funnet ”påkrevd” jf. tvl. § 22-10 å fremlegge forretningshemmeligheter, ettersom motparten i tilstrekkelig grad fikk kjennskap til innholdet gjennom en revisorrapport.

⁹³ Den europeiske menneskerettskonvensjon. Ved lov 21 mai 1999 nr. 39 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), § 2, jf. § 6 ble blant annet EMK gjort til norsk rett. Disse reglene ble også gitt forrang etter § 3.

⁹⁴ Kongeriket Norges Grunnlov, 17. mai 1814.

av rettergangen...” jf. Rt. 2007 s. 518 (avsnitt 10). Offentlighetsprinsippet i sivile saker lovfestet i tvl. og dl., og ”[s]amlet sett er lovstrukturen komplisert, og det er grunn til å spørre om den er hensiktsmessig.”⁹⁵ Det er i utgangspunktet møteoffentlighet, dokumentoffentlighet og referatadgang i sivile tvister for norske domstoler.

Dokumentoffentligheten innebærer at allmenheten, pressen inkludert, i utgangspunktet har ”rett til innsyn i rettsbøker, rettsmeklingsprotokoller, rettsavgjørelser og sakskostnadsoppgaver etter § 20-5.” jf. § 14-2 første ledd. Innsynsretten krever ikke rettslig interesse, og gjelder både pågående og avsluttede saker.⁹⁶ Retten til dokumentinnsyn følger også av Grl. § 100 femte ledd. Retten til innsyn ”inntreffer etter hvert som dokumentene mottas av retten.” jf. tvl. § 14-5 (1) første setning. Men innsyn kan ikke kreves ”i et bevis før det er påberopt på en måte som er nevnt i § 14-2 annet ledd bokstav c.” jf. § 14-5 (1) andre setning. Det følger av § 14-2 andre ledd at i saker som ”ikke fullt ut behandles skriftlig” jf. § 9-9 (2), § 10-3 (1), har allmenheten også rett til innsyn i

”sluttinnlegg etter § 9-10” (bokstav a), ”innlegg etter § 9-9 annet til fjerde ledd, § 15-8 annet ledd, § 29-16 tredje til femte ledd, § 30-10 annet og fjerde ledd og § 30-13 annet ledd (bokstav b), ”bevis som er påberopt under muntlige forhandlinger eller i innlegg som nevnt i bokstav b” (bokstav c) og ”hjelpedokumenter etter § 9-14 annet ledd” (bokstav d).

Av hensyn til partene har allmenheten normalt ikke innsynsrett i prosesskriv.⁹⁷ Dette går imidlertid ikke klart frem av loven. Hensynet til offentlighet i rettspleien kunne tilsi at pressen og allmenheten kan få tilgang til forretningshemmeligheter gjennom tvl. § 14-2. Slik er de imidlertid ikke.

Begrensninger i dokumentoffentligheten følger av tvl. §§ 14-3 (rettsbøker og rettsavgjørelser) og 14-4 (andre saksdokumenter). Retten til å nekte innsyn er mer begrenset i § 14-3 enn i § 14-4. Begrunnelsen for dette er rettsbøker og rettsavgjørelser er en viktig del av allmenhetens og pressens mulighet til å holde kontroll med rettspleien. Dette hensynet står ekstra sterkt hvor dørene til rettsmøtet har vært lukket. Domstolen kan også nekte innsyn i ”andre saksdokumenter” jf. § 14-4. Det siktes her til alle dokumenter som det er innsynsrett i

⁹⁵ Backer (2015), side 107.

⁹⁶ Tvisteloven 2. utgave - § 14-2. Allmenhetens innsynsrett kommentarutgave av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie Universitetsforlaget / kommentarutgaver.no - 31-05-2016.

⁹⁷ Robberstad (2015), side 23.

etter § 14-2 andre ledd, rettsmeklingsprotokoller og sakskostnadsoppgaver etter § 20-5, jf. § 14-2 første ledd. I § 14-4 (3) fremgår det at retten ”skal nekte innsyn i bevis som kan kreves ført for lukkede dører etter kapittel 22”. Kapittel 22 gjelder bevisforbud og bevisfritak og i § 14-4 (3) bokstav a) er det gjort unntak fra innsynsretten for ”drifts- eller forretningshemmeligheter”. Pressen og allmennheten har derfor ikke innsynsrett i dokumenter som inneholder forretningshemmeligheter.

4.2.2 Begrenset tilgang til rettsmøter

I sivile saker har partene rett til å være tilstede i alle rettsmøter, og kan ikke stenges ute fra slike møter.⁹⁸ Det å utestenge en part fra rettsmøter er derfor ansett å være mer problematisk enn å hindre vedkommende tilgang til dokumenter. Motparten vil likevel ikke få tilgang til forretningshemmeligheter i rettsmøtene. Under forhandlingene kan det derfor benyttes en ikke-konfidensiell fremstilling laget av uavhengig tredjemann.

Sakkyndige vitner har i prinsippet en rett til å følge hele forhandlingen jf. § 25-6 (2).⁹⁹ Fremlegging av realbevis kombineres ofte med en oppnevnt sakkyndig, som har spesialkompetanse og kan forklare hva beviset illustrerer og hvilke konklusjoner som kan trekkes på bakgrunn av dette.¹⁰⁰ Andre ”vanlige” vitner kan følge forhandlingene hvis partene samtykker og ”retten finner det ubetenkelig.”, jf. § 24-6 (1). Hva angår ”lawyers or other representatives” i artikkel 9 (2) er det i norsk sivilprosess hjemmel til å la partens nærmeste være prosessfullmektig, jf. tvl. § 3-3 (3) eller annen skikket person, jf. § 3-3 (4). En part kan også la seg bistå av rettslig medhjelper jf. tvl. § 3-7.

Det er imidlertid klart at kretsen av personer som får være tilstede i rettsmøter må begrenses. Hovedregelen i norsk rett er at det er møteoffentlighet i domstolene. Dette innebærer at rettsmøter er ”offentlige”, jf. dl. § 124 første ledd. Enhver har rett til å følge forhandlinger i rettsmøter, jf. GrL. § 100 femte ledd. Møteoffentligheten innebærer også at ”forhandlingene og rettsavgjørelsene kan gjengis offentlig” jf. dl. § 124 første ledd. Dette betyr at enhver har rett til å være tilstede under rettsmøter og kan gjengi innholdet fra møtene privat eller offentlig. Rettsmøter er ”de møter, som en ret holder til forhandling mellom parter eller for at avhøre parter, vidner eller sakkyndige eller undersøke realbevis, eller som loven særskilt har betegnet

⁹⁸ Backer (2015), side 125.

⁹⁹ Hov (2010), side 1081-1082.

¹⁰⁰ Backer (2015), side 287.

som retsmøter.”, jf. dl. § 122 første ledd. Publikum og pressens adgang til rettsmøter er viktig for den allmenne tillit til rettspleien. Hvis rettsregler viser seg å bryte med allmennhetens rettsbevissthet kan dette føre til en offentlig debatt om lovendring eller endring av praksis.¹⁰¹

Offentligheten kan begrenses dersom det er bestemt i lov eller av retten i medhold av lov. Spørsmålet om å begrense offentligheten ”forhandles for lukkede dører.”, jf. dl. § 124 andre ledd. Kommer retten frem til at offentligheten må begrenses skal den opplyse om begrensinger i forhandlingenes offentlighet, jf. dl. § 124 tredje ledd. Fremleggelse av forretningshemmeligheter innebærer at offentligheten må begrenses. Retten kan lukke dørene for å hindre at den konkurransesensitive informasjonen gjøres tilgjengelig for andre enn dem som trenger slik tilgang, jf. tvl. § 22-12, 22-10. Lukkes dørene er det derfor ikke møteoffentlighet, og da ”er utgangspunktet at bare de som deltar i saken, har anledning til å være tilstede.”¹⁰² Det kan riktignok gis ”adgang for andre end dem, som har med saken at gjøre, hvis særlige grunde taler for det”, jf. dl. § 127.

I forarbeidene til § 22-12 fremgår det at

”[p]aragrafen tjener til å sikre at bevis som er så følsomme at de omfattes av bevisforbud eller fritaksrett, bare blir brukt til å opplyse den aktuelle saken der de legges fram fordi vedkommende samtykker eller retten gir pålegg om det.”¹⁰³

Når et bevis føres med samtykke fra rettighetshaver skal retten lukke dørene, med mindre noe annet følger av samtykket jf. tvl. § 22-12 (1). Dette gjelder kun hvor opplysningene etter sin art kunne gi grunnlag for fritak, men bevispersonen velger ikke å påberope dette.¹⁰⁴ Frivillig fremleggelse etter tvl. § 21-3 kan være et eksempel på dette. Lukking av dørene kan også skje når beviset blir ”ført i henhold til pålegg fra retten”, jf. § 22-12 (2). Slikt pålegg omfatter blant annet at retten finner det ”påkrevd” å legge frem forretningshemmeligheter, jf. § 22-10 andre setning. Kommer retten frem til at forretningshemmeligheter må fremlegges vil lukking av dørene begrense skadene av slik fremleggelse. Lukking av dørene bør derfor være den klare hovedregel. Har retten konkludert med at informasjonen er en forretningshemmelighet kan det virke rart at domstolen har et valg. Bakgrunnen for dette må være at § 22-12 ikke kun

¹⁰¹ Skoghøy (2014), side 544.

¹⁰² Ot.prp.nr.55 (1997-1998) Om lov om endringer i rettergangslovene m.m (kildevern og offentlighet i rettspleien) punkt 4.3.1

¹⁰³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) side 461.

¹⁰⁴ NOU 2001:32 B, side 962 med merknad til utkast § 25-8 tredje ledd.

omfatter § 22-10. Den gjelder alle bestemmelser om bevisbegrensninger i tvistelovens kapittel 22.

Dørene skal ikke holdes lukket i større grad enn hva som er nødvendig av hensyn til offentlighet i rettergangen. Det vil være naturlig å lukke dørene først når opplysningene skal legges frem, som i Rt. 1998 s. 727 hvor Høyesterett kom frem til at dørene skulle lukkes for resten av rettsmøtet fordi det var sannsynlig at opplysningene ville bli aktivt brukt under resten av forhandlingene. Grunnlaget for å holde dørene lukket må fortløpende vurderes. Rettens avgjørelse om å lukke dørene til rettsmøte må treffes ved kjennelse, jf. tvl. § 22-12, jf. dl. § 128, jf. tvl. § 19-6.

Dette innebærer at pressen og allmennheten kan stenges ute fra rettsmøter hvor forretningshemmeligheter fremlegges. Det vil være opp til domstolen å vurdere hvilke vitner, sakkyndige og ansatte ved domstolen som skal få tilgang som følge av tilstedeværelse i rettsmøter. Om det ikke foreligger gode grunner for at vitner, sakkyndige eller ansatte ved domstolen skal ha tilgang til forretningshemmeligheter, bør domstolen hindre slik tilgang. Tilgangen vil da bli begrenset på samme måte som for pressen og allmennheten.

4.2.3 Begrenset tilgang til rettsboken

Innsyn i rettsboken kan ikke kreves hvis den ”er ført i rettsmøte for lukkede dører eller offentlig gjengivelse av den protokollerte forhandlingen eller rettsboken er forbudt.” jf. tvl. § 14-3 (1) tredje setning. Dette innebærer at utenforstående ikke vil få tilgang til forretningshemmeligheter som eventuelt skulle være protokollert i rettsmøter. Slike rettsmøter er ført med lukkede dører, og offentlig gjengivelse vil være forbud ettersom de tilstedeværende pålegges taushetsplikt. Har retten gitt pålegg om hemmelighold ”kan innsyn bare gis i domsslutningen.” jf. § 14-3 (2). Andre ledd presiserer ikke om dette gjelder rettsavgjørelser eller rettsboken, men oppbygningen i § 14-3 tilsier at dette gjelder både rettsavgjørelser og rettsbøker.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Tvisteloven 2. utgave - § 14-3. Unntak fra allmennhetens innsynsrett i rettsbøker og rettsavgjørelser kommentarutgave av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie Universitetsforlaget / kommentarutgaver.no - 31-05-2016.

4.2.4 Ikke-konfidensielle rettsavgjørelser

Hovedregelen er at ”rettsavgjørelsene kan gjengis offentlig ...”, jf. dl. § 124 første ledd. Dette innebærer at rettsavgjørelser som hovedregel kan offentliggjøres. Dette kan fravikes ved ”lov eller av retten i medhold av lov”. Allmennheten har i utgangspunktet rett til innsyn ”rettsavgjørelser”, jf. tvl. § 14-2 (1). Unntak fra denne hovedregelen er gitt hvor det foreligger ”forbud mot offentlig gjengivelse.”, jf. § 14-3 (1) første setning. Med videre henvisning til § dl. § 129 flg. kan det tyde på at § 14-3 (1) første setning ikke omfatter forbud mot offentlig gjengivelse som følge av pålegg om taushetsplikt. Forretningshemmeligheter omfattes ikke av dl. §§ 129 og 130.

Retten til innsyn i rettsavgjørelser kan likevel begrenses ”når retten har gitt pålegg om hemmelighold” jf. tvl. § 14-3 (2) andre setning. Da kan innsyn begrenses til å gjelde ”domsslutningen”, jf. § 14-3 (2) første og andre setning. Som nevnt i punkt 4.3.3 må § 14-3 (2) omfatte både rettsavgjørelser og rettsboken. Følgelig vil pålegg om hemmelighold og lukkede dører jf. tvl. § 22-12, jf. dl. § 128 medføre at allmennheten og pressen kun kan få innsyn i domsslutningen. De ”kan” gis innsyn i domsslutningen, noe som innebærer at det ikke foreligger et krav på innsyn. Det er imidlertid lite trolig at en forretningshemmelighet vil fremgå av domsslutningen.

Oppgavens punkt 4.2 viser at norsk rett er i samsvar med artikkel 9 (2) om beskyttende tiltak. Norsk rett har tilsvarende regler som begrenser kretsen av de som får tilgang til forretningshemmeligheter. Dette gjøres som i artikkel 9 ved å begrense tilgang til dokumenter, rettsmøter, rettsboken og ved publisering av ikke-konfidensielle rettsavgjørelser. Direktivet legger opp til at medlemsland kan tilby bedre beskyttelse mot misbruk av forretningshemmeligheter. I artikkel 1 (1) andre ledd presiseres det at medlemslandene kan ”provide for more far-reaching protection against the unlawful acquisition, use or disclosure of trade secrets than that required by this Directive ...”, så lenge det ikke går på bekostning av “Articles 3, 5, 6, Article 7(1), Article 8, the second subparagraph of Article 9(1), Article 9(3) and (4), Article 10(2), Articles 11, 13 and Article 15(3)”. Artikkel 9 (2) andre ledd bokstav (a) virker å forutsette at motparten alltid skal ha direkte tilgang til dokumenter som inneholder forretningshemmeligheter. Norsk rett går lenger i å beskytte rettighetshaver mot ulovlig tilegnelse, bruk eller videregivelse enn det som følger av artikkel 9 (2) andre ledd bokstav (a). Dette gjøres ved å hindre at motparten får direkte tilgang til

forretningshemmeligheter. Det foreligger ikke motstrid ettersom beskyttelsen er bedre enn det som følger av artikkel 9 (2) andre ledd bokstav (a).

Den mer omfattende beskyttelsen av rettighetshaver er trolig heller ikke problematisk med tanke på proporsjonalitetsvurderingen som oppstilles i artikkel 9 (3). Dagens ordning virker på en god måte å balansere rettighetshavers behov for beskyttelse og ivaretar samtidig motparten som kan være tilstrekkelig hjulpet ved å få indirekte tilgang til forretningshemmeligheter. Ordningen legger heller ikke unødvendige begrensninger på offentlighet i rettspleien.

4.3 Proporsjonalitet og personvern

Spørsmålet er om norsk sivilprosess er i samsvar med artikkel 9 (3) og (4). Det er her ikke tillatt med avvik i nasjonal lovgivning.

Rettergangen må i alle tvister for domstolen tilfredsstillende vise grunnleggende krav.

Tvisteloven skal legge til rette for en ”rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettstvister gjennom en offentlig rettergang...”, jf. formålsbestemmelsen i tvl. § 1-1 (1). Det er vanskelig å gi en presis definisjon av hva som regnes som en rettferdig og forsvarlig rettergang.¹⁰⁶ Rettergangen skal både ta hensyn til partene og samfunnet for øvrig. Første ledd bygger på hovedelementene i EMK artikkel 6 nr. 1 hva angår kravene til behandling av sivile saker, men har et videre perspektiv.¹⁰⁷ I Grl. § 95 (1) andre setning fremgår det også at rettergangen skal være ”rettferdig og offentlig”, med videre henvisning til blant annet EMK artikkel 6 nr. 1. For å oppnå formålene i tvl. § 1-1 (1) er det i (2) angitt syv punkter som gir anvisning på hva som må til for å oppnå formålet i (1).¹⁰⁸ Størst interesse for oppgavens tema har partenes krav på å ”få argumentere for sin sak og føre bevis”, ”få innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis” og at ”partene på ett trinn av saken [skal] kunne redegjøre muntlig for den og føre sine bevis umiddelbart for retten”.

Som nevnt i 4.2.1 er utgangspunktet offentlighet i rettspleien. Det omfatter møteoffentlighet, dokumentoffentlighet og referatadgang i sivile tvister for norske domstoler. Domstolen skal

¹⁰⁶ Skoghøy (2014), side 520.

¹⁰⁷ NOU 2001:32 B, side 649.

¹⁰⁸ Disse punktene er ikke uttømmende.

hele tiden vurdere nødvendigheten av lukkede rettsmøter og begrenset innsynsrett, det vil si en vurdering av proporsjonalitet.

Hva angår personvern og personverndirektivet (95/46/EF) kan det kort slås fast at dette alt er gjeldende norsk rett. Personverndirektivet ble ved beslutning fra EØS-komiteen (nr. 83/1999 av 25. Juni 1999) tatt inn i EØS-avtalens vedlegg 11 om telekommunikasjonstjenester og gjennomført i norsk rett ved personopplysningsloven.¹⁰⁹

Oppgavens punkt 4.3 viser at norsk sivilprosess er i samsvar med artikkel 9 (3) og (4). Domstolen foretar en proporsjonalitetsvurdering som i artikkel 9 (3) hvor tiltakenes påvirkning på partene, allmennheten og pressen står sentralt. Rettergangen må i tillegg gjennomføres på en måte som sikrer personvern hensyn.

4.4 Konklusjon

Oppgaven viser at norsk sivilprosess trolig tilfredsstillende de prosessuelle krav som følger av artikkel 9. En gjennomføring av Direktivet i norsk rett vil derfor ha lite å si for dagens beskyttelse av forretningshemmeligheter i sivilrettslig domstolsbehandling. Dette vil i utgangspunktet tilsi at det ikke er nødvendig å foreta endringer i norsk prosesslovgivning.

Det kan likevel være hensiktsmessig å implementere en tilsvarende bestemmelse som artikkel 9 i tvl. eller dl.¹¹⁰ Reglene om beskyttelse av forretningshemmeligheter i sivilrettslig domstolsbehandling fremstår som uoversiktlig i norsk prosesslovgivning. Det skyldes først og fremst et stort antall lovbestemmelser og et til dels overlappende regelverk. Om ikke annet vil regelverket bli klarere.

¹⁰⁹ Lov 14 april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

¹¹⁰ Se tilsvarende konklusjon i Lunde (2014), side 136, punkt 2.5.

Kilderegister

EU-rettslige kilder

- Direktivet
- European Parliament legislative resolution of 14 April 2016 on the 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(2013)0813 – C7-0431/2013 – 2013/0402(COD))
- <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2016-0131&language=EN&ring=A8-2015-0199#BKMD-> (31. mai 2016)
- COM (2013) 813
- COM (2013) 813: 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. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013PC0813> (31. mai 2016)
- Rådets direktivutkast 2014
- 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 - General Approach.
- <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209870%202014%20INIT> (31. mai 2016)
- TFEU
- The Treaty on the Functioning of the European Union.

Lover:

Tvisteloven (tvL.)	Lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
Domstolloven (dl.)	Lov 13 aug 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven).
Markedsføringsloven (mfl.)	Lov 9 jan 2009 nr.2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).
Grunnloven (Grl.)	Kongeriket Norges Grunnlov, 17. mai 1814.
Straffeloven (strl. 2005)	Lov 20 mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
EØS-loven	Lov 27 nov 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
Menneskerettsloven	Lov 21 mai 1999 nr. 39 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
Straffeloven (strl. 1902)	Almindelig borgerlig Straffelov 22 mai 1902 nr. 10 (Straffeloven).
Åndsverkloven (åvl.)	Lov 12 mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven).
Personopplysningsloven	Lov 14 april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

Forskrift

Patentforskriften	Forskrift til patentloven (patentforskriften) FOR-2007-12-14-1417.
-------------------	--

Forarbeider:

NOU 2001:32 A	NOU 2001:32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven).
NOU 2001:32 B	NOU 2001:32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven).
Ot.prp.nr.22 (2008-2009)	Ot.prp.nr.22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning).
Ot.prp.nr.51 (2004-2005)	Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
Ot.prp.nr.55 (1997-1998)	Ot.prp.nr.55 (1997-1998) Om lov om endringer i rettergangslovene m.m (kildevern og offentlighet i rettspleien).
Ot.prp. nr. 47 (1985-1986)	Ot.prp. nr. 47 (1985-86) Om lov om endringer i rettergangslovgivningen.
Ot.prp. nr. 57 (1970-1971)	Ot.prp. nr. 57 (1970-1971) Lov om markedsmisbruk , med henvisning til Innstilling fra konkurranselovkomitéen, 1966.

Rettspraksis:

Rt. 1964 s. 238 (Notflottør-dommen)

Rt. 1997 s. 1843

Rt. 1998 s. 727

Rt. 2003 s. 1215

Rt. 2005 s. 597

Rt. 2009 s. 1103

Rt. 2009 s. 125

Rt. 2008 s. 1653

Rt. 2007 s. 1841

LA-2010-175371

Bøker:

- Arnesen og Stenvik (2015) Arnesen, Finn og Stenvik, Are, *Internasjonalisering og juridisk metode (Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett)*, 2. utgave (2015)
- Backer (2015) Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, 3. utgave, (Oslo 2015)
- Fredriksen, Mathiesen (2014) Fredriksen, Halvar Haukeland og Mathiesen, Gjermund, *EØS-rett*, 2. utgave, (Bergen 2014)
- Hov (2010) Hov, Jo, *Rettergang II*, Papinian / Calax, (2010)
- Irgens-Jensen (2010) Irgens-Jensen, Harald, *Bedriftens hemmelighet – og eller rettighet? Immaterialrett, kontraktsrett og konkurranserett møtes*, (Oslo 2010)
- Robberstad Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 3. utgave, (2015)
- Skoghøy (2014) Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 2. utgave, (2014)
- Stenvik (2013) Stenvik, Are, *Patentrett*, 3. Utgave, 1. Opplag, Cappelen Damm (Oslo 2013)

Tidsskrift:

- Lunde (2014) NIR 1/2015: *An overview of the Draft Directive on the Protection of Undisclosed Know-how and Business Information (Trade Secrets)*, COM(2013) 813.

Protection of Trade Secrets in Norway in the Light of the Proposed Directive By Professor dr. juris Tore Lunde.

Fredriksen (2008)

Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 121, 3/2008, s. 289–359. ISSN 0040-7143 (*Tvisteloven og EØS-avtalen*, Av stipendiat Halvard Haukeland Fredriksen, Universitetet i Bergen).

Falce (2015)

IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law (2015) 46: side 941. *Trade Secrets – Looking for (Full) Harmonization in the Innovation Union*. Valeria Falce.

Knaak, Kur og Hilty (2014)

IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law (2014) 45: 953–967. *Comments of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 3 June 2014 on the Proposal of the European Commission for a Directive on the Protection of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets) Against Their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure of 28 November 2013, COM(2013) 813 Final*. Roland Knaak • Annette Kur • Reto M. Hilty.

Valentin og de Lara (2015).

NIR 1/2015: *Beskyttelse af erhvervshemmeligheder i Danmark. Mulige konsekvenser ved implementeringen af det kommende forslag til EU-direktiv vedrørende forretningshemmeligheder*. Protection of Trade Secrets in Denmark. Possible Impacts of the Forthcoming Proposal for an EU Directive on Trade Secrets Diana Sofia Manrique de Lara, Anders Valentin.

Austdal (2014)

Lov&Data (LoD-2014-120-16), *Rådets direktivforslag for beskyttelse av bedriftshemmeligheter - harmonisering av regelverk i EU*, Håkon Austdal.

Kommentarutgaver

Tvisteloven 2. utgave - § 14-3. Unntak fra allmennhetens innsynsrett i rettsbøker og rettsavgjørelser kommentarutgave av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie Universitetsforlaget / kommentarutgaver.no - 31-05-2016.

Tvisteloven 2. utgave - § 14-2. Allmennhetens innsynsrett kommentarutgave av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie Universitetsforlaget / kommentarutgaver.no - 31-05-2016.

Tvisteloven 2. utgave - § 22-12. Taushetsplikt og lukkede dører kommentarutgave av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie Universitetsforlaget / kommentarutgaver.no - 31-05-2016.

Tvisteloven 2. utgave - § 22-10. Bevisfritak for drifts- eller forretningshemmeligheter kommentarutgave av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie Universitetsforlaget / kommentarutgaver.no - 31-05-2016.

Domstolloven - § 128 kommentarutgave av Anders Bøhn Universitetsforlaget / kommentarutgaver.no - 31-05-2016.

Annet

G-2001-22 Rundskriv G-2001-22 om offentlighet i rettspleien.

EØS-notat <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/nov/forretningshemmelighetsdirektivet/id2434637/>

Meld. St. 5 (2012–2013) Meld. St. 5 (2012–2013) EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU.

Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market: http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf