

**Rettslige skranker i forbindelse med bruk av
teknologisk kunnskap fra tidligere arbeidsforhold, med
hovedvekt på markedsføringsloven §§ 7, 8 og 1**

Veileder: Anne Grete Larsen Hestnes, Konkurransetilsynet

Kandidatnummer: 156161
Leveringsfrist: 2.6.2008, kl. 1400

Til sammen 12803 ord, medregnet fotnoter

02.06.2008

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Formål med avhandlingen. Avgrensning. Disposisjon	1
1.2	Innledende presentasjon av de rettslige skranker.....	2
1.3	Legislative hensyn	3
2	VURDERING AV DE NORSKE REGLER OG LOVBESTEMMELSER.....	4
2.1	Arbeidskontrakten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.....	4
2.1.1	Den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold.....	5
2.1.2	Konkurransesklausuler. Avtalesensur.....	5
2.1.3	Taushetsplikt-klausuler.....	6
2.2	Sanksjoner ved brudd på arbeidskontrakten.....	8
2.3	Markedsføringsloven	9
2.4	Markedsføringsloven § 7 (1)	10
2.4.1	Bestemmelsens virkeområde. Avgrensning	10
2.4.1.1	”bedriftshemmelighet”, markedsføringsloven § 7 (1).....	11
2.4.1.2	”rettsstridig utnytter”, markedsføringsloven § 7 (1).....	12
2.5	Markedsføringsloven § 8 (1)	13
2.5.1	Bestemmelsens virkeområde. Avgrensning	14
2.5.1.1	”tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller liknende tekniske hjelpemidler”, markedsføringsloven § 8 (1)	14
2.5.1.2	Knowhow	16
2.5.1.3	”Den som er blitt betrodd ...”, markedsføringsloven § 8 (1).....	17
2.6	Markedsføringsloven § 1 (1)	18
2.6.1	Bestemmelsens virkeområde. Avgrensning	18
2.6.1.1	”god forretningsskikk næringsdrivende imellom”, markedsføringsloven § 1 (1).....	19
2.6.1.2	Forholdet mellom markedsføringsloven § 1 (1) og spesialbestemmelsene i markedsføringsloven §§ 7 (1) og 8 (1)	20
2.7	Kort oppsummering av bestemmelsene	23

2.8	Sanksjoner ved brudd på markedsføringslovens bestemmelser	23
2.8.1	Sanksjoner ved brudd på markedsføringsloven § 1	24
2.8.2	Sanksjoner ved brudd på markedsføringsloven §§ 7 og 8. Vurdering	24
3	RETTSPRAKSIS	26
3.1	Perspektiv	26
3.2	Rt. 1964, side 238. "Notflottørdommen"	27
3.2.1	Oversikt. Sammendrag	27
3.2.2	Rettsanvendelsen	28
3.3	Rt. 1997 side 199, "Cirrusdommen"	29
3.4	LG-2003-8617: Roxar Flow Measurement AS mot Flowsys AS	30
3.4.1	Oversikt	30
3.4.2	Rettsanvendelsen	31
3.5	LA-2004-60570: Scanmar AS mot Simrad Horten AS	33
3.5.1	Oversikt	33
3.5.1.1	Partenes anførsler	34
3.5.1.2	Lagmannsrettens syn	35
3.5.2	Kort oppsummering av underrettsdommene	37
4	RETTSTILSTANDEN	38
4.1	Hva er gjeldende rett?	38
4.2	Ny markedsføringslov. Skandinavisk rett. Utvikling av reglene	39
5	AVSLUTNING	41
6	KILDER	42
6.1	Litteratur	42
6.2	Lovforarbeider	43
6.3	Artikler hentet fra internett	43

1 Innledning

1.1 Formål med avhandlingen. Avgrensning. Disposisjon

Formålet med denne avhandlingen er å vurdere de rettslige skranker i forbindelse med bruk av teknologisk kunnskap fra tidligere arbeidsforhold og klarlegge grensedragningen mellom rettmessig og urettmessig anvendelse av denne bestemte erfaringskompetansen.

Det finnes ingen definisjoner av ”teknologisk kunnskap” i det norske lovverket, men begrepet er anvendt i rettspraksis og teori der det er tale om kunnskap om tekniske forhold i motsetning til kommersiell kunnskap.¹ I denne oppgaven skal ”teknologisk kunnskap” forstås som kunnskap om tekniske forhold, datateknologi, mekaniske løsninger, produksjonsmetoder og produksjonsmodeller. Kommersiell kunnskap, som viten om en bedrifts økonomi, strategi og markedsføring i sin helhet, vil berøres i den generelle gjennomgangen av de relevante lovbestemmelser. Oppgaven er imidlertid i utgangspunktet avgrenset mot å gjelde denne formen for kunnskap, jf. problemstillingen. Formuleringen ”arbeidsforhold” i problemstillingen sikter til ansettelsesforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Dette innebærer at avhandlingen etter problemstillingen er avgrenset mot å ta opp spørsmål knyttet til forholdet mellom en bedrift og alle andre parter som ikke er eller har vært i et ansettelsesforhold til virksomheten, herunder eksempelvis tidligere samarbeidspartnere, kontraktsparter og andre i tillitsforhold til bedriften.

Vurderingen av de rettslige skranker vil hovedsaklig gjøres på bakgrunn av alminnelige kontrakts- og avtalerettslige regler, utvalgte bestemmelser i Lov av 16. juni 1972 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) samt relevant

¹ Kunnskapsbegrepet må her forstås vidt. Begrepet ”teknologisk kunnskap” er hentet fra blant annet Tore Lunde: God forretningskikk næringsdrivande imellom, Fagbokforlaget 2001, der begrepet formodentlig brukes i forbindelse med de samme forutsetninger som fremsettes i denne oppgavens punkt 1.1.

høyesteretts- og underrettspraksis. Avhandlingens hoveddel vil omhandle de aktuelle bestemmelser i markedsføringsloven, herunder denne lovs §§ 7, 8 og 1. Det avgrenses mot å ta opp spørsmål av strafferettslig, arbeidsrettslig og immateriellrettslig art, men disse rettsområdene vil berøres i vurderingen av oppgavens problemstilling.

Senere i oppgaven vil tre eksempler fra rettspraksis presenteres og vurderes spesielt opp mot problemstillingen i oppgaven. Dommene i Rt.1964 side 238 ("Notflottørdommen") og Rt. 1997 side 199 ("Cirrusdommen") vil behandles først, etterfulgt av de nyere underrettsdommene i LG-2003-8617 (Gulating lagmannsrett: "Roxar Flow Measurement AS mot Flowsys AS") og LA-2004-60570 (Agder lagmannsrett: "Scanmar AS mot Simrad Horten AS"). Endelig vil rettstilstanden i Norge oppsummeres og synspunkter på en mulig utvikling av reglene presenteres, særlig hensett til det pågående arbeidet med en ny markedsføringslov.

1.2 Innledende presentasjon av de rettslige skranker

Det gjeldende utgangspunkt forutsetter at en arbeidstaker, gjennom sin stilling i en bedrift, tilegner seg teknologisk kunnskap. Spørsmålet i denne forbindelse er i hvilken *grad* kunnskapen etter endt arbeidsforhold kan brukes av arbeidstakeren til andre formål enn virksomhetens. De rettslige innskrenkninger som utgjør vurderingsgrunnlaget i denne oppgaven, kan innledes på følgende måte:

Arbeidskontrakten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker representerer den fundamentale binding mellom de to partene. Bestemmelsene i avtalen fungerer således som rettskranker for arbeidstakeren med hensyn til hva vedkommende kan foreta seg i og etter arbeidsforholdet. Samtidig er arbeidstakeren bundet av den alminnelige ulovfestede regelen om lojalitetsplikt i arbeidsforhold. Arbeidstakeren har heller ikke anledning til å bruke sin erfaringskunnskap til å "rettsstridig utnytte" kunnskap om *bedriftshemmeligheter* fra sitt tidligere ansettelsesforhold, jf. markedsføringsloven § 7 (1). Vedkommende kan ikke "rettsstridig utnytte" sin kunnskap om informasjon i form av *tekniske hjelpemidler* som er "betrodd" ham gjennom ansettelsesforholdet, jf. markedsføringsloven § 8 (1). Videre kan arbeidstakeren ikke utnytte beskyttelsesverdig *knowhow* om forhold i bedriften som er eller har vært vedkommendes arbeidsgiver.

Endelig er arbeidstakerens handlinger regulert gjennom generalklausulen i markedsføringsloven § 1 (1), som krever ”god forretningsskikk næringsdrivende imellom”.

Disse rettslige skrankene vil vurderes under kapittel 2 i avhandlingen. Nedenfor vil det foretas en innføring av de legislative hensyn som begrunner de nevnte innskrenkningene av en arbeidstakers profesjonelle handlefrihet når det kommer til bruk av kunnskap fra det tidligere arbeidsforholdet.

1.3 Legislative hensyn

Vernet av en bedrifts kompetanse og kunnskapsrettigheter – som skissert ovenfor i punkt 1.2 – står på prøve idet en eller flere arbeidstakere på lovlig vis går over i en konkurrerende virksomhet eller selv etablerer en virksomhet i samme bransje. Viktige prinsipper etter norsk rett er at arbeidstakeren har et rettmessig krav på å kunne skaffe seg inntekt ved arbeid og *står fritt til å velge sin arbeidsgiver*. Det faktiske utgangspunkt må være at arbeidstakeren har anledning til å bruke sin erfaringskompetanse i form av teknologisk kunnskap i et annet arbeidsforhold, spesielt hvis det er en *nødvendig* forutsetning for ansettelse. Dette er særlig aktuelt i de tilfeller en ansatt er så spesialisert innenfor sitt felt at vedkommende ikke kan unngå å anvende de samme metoder i et annet arbeidsforhold. Videre vil en arbeidstaker i en bedrift med spesielle og fremtredende kunnskaper om en bestemt produksjonsprosess være attraktiv for et konkurrerende selskap i samme bransje. Det er ikke uvanlig for en bedrift å ansette konkurrentens medarbeidere, og dette er i de aller fleste tilfeller heller ikke ulovlig. Når det kommer til bevegelse av nøkkelkompetanse i markedet, stiller hensynet til *virksom konkurranse* sterkt. De rettslige innskrenkinger i en tidligere arbeidstakers rett til å utføre konkurransehandlinger må ikke praktiseres så strengt at det er tale om *utjænlig hemming av konkurransen* i markedet.

På den andre side må hensynet til det selskap som har foretatt *investeringer* i den teknologi som søkes beskyttet, ivaretas. Et selskaps teknologikunnskap i sin helhet er svært ofte avgjørende og bestemmende for bedriftens konkurransedyktighet overfor de andre aktørene i markedet. Selskapets teknologiske ekspertise er som regel meget

verdifull, og en urettmessig utnyttelse av denne ekspertisen kan få store konkurransemessige og økonomiske konsekvenser. Rettbeskyttelsen av selskapets teknologi medfører først og fremst at bedriften kan dele alle sine kunnskaper med ansatte, samarbeidspartnere, kontraktsparter og leverandører i visshet om at kunnskapen er vernet. Rettsbeskyttelsen gir dermed *incentiv* til produktutvikling og verdiskaping. All den tid bedriften deler teknologisk kunnskap og innsikt frem mot målet om å fremstille det beste produktet, fungerer rettsbeskyttelsen som en motiverende sikkerhet. Rettsvernet av et selskaps kunnskapsrettigheter er avgjørende og av fundamental betydning for muligheten og viljen til forskning og etablering av virksomheter.

Spørsmålet i denne sammenheng er på hvilken måte de rettslige skrankene i praksis ivaretar bedriftens behov for vern når det kommer til tidligere arbeidstakeres bruk av teknologisk kunnskap. I andre retning må det vurderes hvor langt reglene skal forstås med tanke på arbeidstakerens rett og frihet til å bruke sin tilegnede kompetanse. Denne avveiningen beror på en tolkning av de foreliggende rettskilder på området. I det følgende vil det bli foretatt en vurdering av de norske regler og bestemmelser som utgjør vernet for bedriften og de rettslige skranker for arbeidstakeren.

2 Vurdering av de norske regler og lovbestemmelser

2.1 Arbeidskontrakten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker

Kontrakten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker utgjør den rettslige forbindelsen mellom de to partene. Arbeidskontrakten er således det naturlige utgangspunkt i forhold til å avklare deres rettigheter og forpliktelser gjennom arbeidsforholdet. Det som fremgår i kontrakten vil være den primære rettskilde i vurderingen av forholdet dem imellom. Spørsmålet er i hvilken utstrekning arbeidskontrakten kan sette grenser for arbeidstakerens bruk av den kunnskap vedkommende har tilegnet seg i arbeidsgiverens bedrift.

2.1.1 Den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold

Arbeidstaker er gjennom arbeidskontrakten først og fremst bundet av den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold, jf. blant annet uttalelsen i Rt. 1990 side 607: ”Det må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold.”² Denne gjensidige forpliktelsen varer i alle fall så lenge arbeidsforholdet består, og arbeidstakerens handlefrihet i ansettelsestiden vil etter regelen være sterkt begrenset. Lojalitetsplikten er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp som herunder innebærer at arbeidstakeren er forpliktet til å ta hensyn til arbeidsgiveren på en slik måte at vedkommende opptrer i samsvar med arbeidsgivers interesser og lojalt fremmer disse. Lojalitetsplikten går også *utover* utøvelsen av arbeidstakerens avtalemessige plikter, jf. Rt. 1990 side 607. I utgangspunktet er det tale om beskyttelse mot konkurrerende virksomhet eller utilbørlig forberedelse av slik virksomhet i *ansettelsestiden*, selv om det er antatt at lojalitetsplikten i noen tilfeller også gjelder en viss tid etter arbeidsforholdets opphør. Disse tilfellene vil ikke gås nærmere inn på. I forhold til utnyttelse av teknologisk kunnskap fra et bestemt arbeidsforhold, vil lojalitetsplikten overfor arbeidsgiver være den viktigste rettsskranken i hvert fall så lenge arbeidstakeren fremdeles er ansatt. I ansettelsestiden vil det lett kunne konstateres illojalitet etter regelen dersom arbeidstakeren benytter sin kunnskap til andre formål enn virksomhetens.

2.1.2 Konkurransesklausuler. Avtalesensur

Den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold begrenser altså arbeidstakerens handlefrihet så lenge ansettelsesforholdet *består*. Spørsmålet videre er i hvilken grad arbeidsgiver gjennom arbeidskontrakten kan regulere arbeidstakers bruk av kompetanse i en annen bedrift etter avsluttet arbeidsforhold. Arbeidsgiver må holde seg innenfor visse rammer. Som nevnt innledningsvis under punkt 1.3, er det et viktig prinsipp i norsk rett at en ansatt har full frihet til å velge sin arbeidsgiver. Et direkte utslag av dette prinsippet er blant annet § 38 i lov av 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om

² Rt. 1990 side 607, på side 614

fuldmagt og om ugyldige viljeseerklæringer (avtaleloven). I § 38 første ledd uttrykkes det:

”Har nogen gaat ind paa, at han av konkurransehensyn ikke skal ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art, binder vedtagelsen ham ikke, forsaavidt den urimelig indskrænker hans adgang til erhverv eller maa anses for at strække sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse.”

Etter denne bestemmelse kan en konkurranseklausul i arbeidsavtalen for det første ikke binde arbeidstaker hvis klausulen ”urimelig indskrænker” vedkommendes handlefrihet. Konkurransesklausulen kan heller ikke forplikte arbeidstaker lenger enn det som er ”paakrævet” for å ivareta vernet mot konkurranse. Samlet er avtaleloven § 38 strengt formulert og meget bestemmende i forhold til i hvilken grad arbeidsgiver har anledning til å utarbeide konkurranseklausuler. Det er noe uklart hvorvidt avtaleloven § 38 har selvstendig betydning sammenlignet med urimelighetsvilkåret til generalklausulen i samme lovs § 36. Dette har imidlertid begrenset betydning da en arbeidsavtale uansett også kan fanges opp av generalklausulen om den fremstår som ”urimelig”, jf. avtaleloven § 36. Dette tilsier at arbeidsgiver etter begge bestemmelser har klare regler å forholde seg til når det kommer til utarbeiding av arbeidskontrakter med begrensende skranker i forhold til arbeidstakers bruk av teknologisk erfaringskompetanse.

2.1.3 Taushetspliktklausuler

Arbeidskontrakten kan også inneholde rettslige skranker for arbeidstakeren gjennom taushetspliktsklausuler. Det er svært vanlig for en bedrift å utforme taushetspliktsklausuler som et eget punkt i arbeidskontrakten. Disse er gjerne i et standardformat og tar sikte på å forhindre utnyttning av det bedriften anser som forretningshemmeligheter og annen immateriellkunnskap som bedriften ønsker å beskytte. En slik taushetspliktsklausul kan eksempelvis utformes slik:

”NN skal bevare taushet om alle selskapets forretningsforhold, tekniske forhold, kunder og bedriftsanliggender. Slike opplysninger skal ikke brukes for andre enn selskapets formål.”³

En taushetsklausul i arbeidskontrakten kan bli tillagt avgjørende betydning. I Notflottørdommen i Rt. 1964 side 238 ble formuleringene i en arbeidsavtale utslagsgivende for sakens utfall. I denne saken hadde en bedrift funnet fram til en metode og et maskineri for å fremstille flottører i plast for nøter. En arbeidsleder ved denne plastfabrikken måtte slutte etter en kontrovers med bedriftens innehaver. Vedkommende begynte umiddelbart å jobbe hos Trondhjems Korkefabrikk, en konkurrerende virksomhet til hans tidligere arbeidsgiver. Trondhjems Korkefabrikk hadde i motsetning til den avskjedigede personens tidligere arbeidsgiver ikke funnet løsningen i forhold til å produsere flottører i plast. Den tidligere arbeidslederen fortalte sin nye arbeidsgiver om bedriftens ”produksjonsprosess i sin helhet”. Herredsretten og lagmannsretten antok at plastfabrikkens produksjonsprosess måtte ansees som en bedriftshemmelighet og at han ved å røpe den hadde overtrådt straffeloven § 294 nr. 2. Høyesterett fant det unødvendig å ta stilling til dette spørsmål, da den *taushetsplikt* han hadde påtatt seg etter *arbeidskontrakten* måtte omfatte knowhow om produksjonsprosessen. I den avgjørende arbeidsavtalen het det: ”Bedriften vil være eier av alle de metoder og ideer som vi i fellesskap kommer frem til og alt som blir foretatt må bli her en bedriftshemmelighet.”⁴

Denne dommen er et utslag av en hensiktsmessig tilnærming til spørsmålet rundt urettmessig benyttelse av teknologisk kunnskap. Arbeidsavtalen er, som nevnt ovenfor, det naturlige utgangspunkt når det kommer til å avklare rettsforholdet mellom partene. I avtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker i dommen i Rt. 1964 side 238 fantes det altså en klausul i arbeidskontrakten som omhandlet knowhow om produksjonsprosessen, altså en form for teknologisk kunnskap om metoder knyttet til produksjon av flottører i plast. Denne dommens innhold vil drøftes nærmere nedenfor. Imidlertid kan det allerede nå fastslås, på grunnlag av Rt. 1964 side 238, at så lenge en kontraktsforpliktelse består

³ Universitetet i Oslo, Institutt for privatrett, markedsrett: Harald Irgens-Jensen: ”Forretningshemmeligheter” (2007). Lenke:

www.jus.uio.no/ifp/markedsrett/publikasjoner/forretningshemmeligheter.pdf

⁴ Rt. 1964 side 238, på side 246

mellom to parter – forutsatt at dens innhold ikke strider mot alminnelige avtalerettslige betingelser – vil de rettslige skranker i form av lovregler fungere utelukkende som supplement til arbeidsavtalen og dens klausuler.

I mange tilfeller er imidlertid arbeidskontrakten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ufullstendig når det kommer til spørsmålet om hva arbeidstakeren kan ta med seg videre av teknologisk kunnskap. I slike saker er lovreglene i markedsføringsloven ment å utfylle arbeidskontrakten, og bestemmelser i kontrakten kan bli anvendt sammen med reglene i markedsføringsloven for å kaste riktig lys over rettsforholdet. I LA-2004-60570 (Agder lagmannsrett), ”Scanmardommen”, ble en klausul i arbeidskontrakten brukt som et moment i vurderingen av om en utnyttelse av bedriftshemmeligheter hadde funnet sted. Denne klausulen inneholdt en taushetserklæring vedrørende ”forretnings- eller driftshemmelighet” i motsetning til ”alminnelige kunnskaper og erfaringer av teknisk eller forretningsmessig art som han under sin ansettelse har ervervet”. Arbeidsgivers tanker bak disse bestemmelsene ble av retten tolket som at ”ikke all kunnskap og erfaring som den ansatte erverver ved ansettelsesforhold, er bedriftsspesifikk, beskyttelsesverdig kunnskap.”⁵ Denne uttalelsen er betegnende for sontringen mellom rettmessig og urettmessig bruk av teknologisk kunnskap. Arbeidstakeren kan anvende sine alminnelige kunnskaper og erfaringer av teknisk art, men ikke foretaksspesifikk og beskyttelsesverdig kunnskap i samme kategori. Denne avgjørende grensen vil behandles nærmere i punkt 2.3 om markedsføringslovens bestemmelser.

2.2 Sanksjoner ved brudd på arbeidskontrakten

Forutsatt at kontrakten mellom to parter i et arbeidsforhold ikke strider mot verken avtaleloven §§ 36 eller 38 eller arbeidsrettslige betingelser og er utfyllende med hensyn til bestemmelser om taushetsplikt, gjelder de alminnelige lovfestede og ulovfestede erstatningsrettslige regler i tilfelle arbeidstakers kontraktsbrudd. I Rt. 1964 side 238 uttales det ”Da nevnte ting, etter det som er sagt foran, må regnes som bedriftshemmeligheter hos saksøkte, og da det ikke er påvist omstendigheter som gjør

⁵ LA-2004-60570 (Agder), Lagmannsrettens punkt 6.5

åpenbarelsen berettiget, har saksøkeren derved overtrådt sin taushetsplikt etter kontrakten samt strl. § 294, II. Saksøkeren er derfor erstatningspliktig for det tap saksøkte derved er påført i beskyttelsesperioden på grunnlag av vanlig rettsbruddsansvar”.⁶

Fokuset videre vil være på de lovregler i markedsføringsloven som fungerer som rettslige skranker der arbeidskontrakten *ikke* er utfyllende.

2.3 Markedsføringsloven

Lov av 16. juni 1972 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår, markedsføringsloven, avløste lov av 7. juli 1922 om utilbørlig konkurranse. De materielle reglene i markedsføringsloven bygger hovedsaklig på den eldre lovs bestemmelser. Markedsføringsloven regulerer både forholdet til forbruker og forholdet næringsdrivende imellom. I sistnevnte relasjon – som fokuset vil være rettet mot i denne oppgaven – supplerer markedsføringsloven lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven). Markedsføringslovens bestemmelser om rettsforholdet mellom næringsdrivende bærer mange av de samme hensyn som konkurranseloven og avtaleloven der det er tale om arbeidsgivers og arbeidstakers rettigheter og forpliktelser overfor hverandre.

Konkurranseloven av 7. juli 1922 hadde ingen regler som direkte gjaldt urettmessig utnyttelse av bedriftshemmeligheter eller annen konkret kunnskap om teknologi eller produksjon. Før markedsføringsloven av 16. juni 1972 ble den eldre konkurranselovens generalklausul og regelen i § 11 om tekniske tegninger brukt til vern om bedriftshemmeligheter og annen beskyttelsesverdige kunnskap. Som nevnt innledningsvis, inneholder markedsføringsloven av 16. juni 1972 også en generalklausul om ”god forretningsskikk” mellom næringsdrivende og underordnede spesialbestemmelser. Nedenfor vil spesialbestemmelsene i markedsføringsloven §§ 7 og 8 behandles først. Deretter vil relevansen og virkeområdet til generalklausulen i markedsføringsloven § 1 vurderes opp mot problemstillingen i oppgaven.

⁶ Rt. 1964 side 238, på side 251

2.4 Markedsføringsloven § 7 (1)

”Den som har fått kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold, må ikke rettsstridig utnytte hemmeligheten i næringsvirksomhet.”

2.4.1 Bestemmelsens virkeområde. Avgrensning

Vurderingen i denne oppgaven vil konsentreres rundt markedsføringsloven § 7 (1). Markedsføringslovens første ledd utgjør en viktig og praktisk begrensning i forhold til bruk av teknologisk kunnskap fra tidligere arbeidsforhold. Hvis arbeidstakerens teknologiske kunnskap består av en ”bedriftshemmelighet”, kan vedkommende ikke ”rettsstridig utnytte” hemmeligheten i ”næringsvirksomhet”. Slik bestemmelsen er utformet, rammer markedsføringsloven § 7 (1) etter regelen alle som gjennom sitt forhold til bedriften har fått kunnskap om dens forretningshemmeligheter, jf. ordlyden i ”tjeneste-, tillitsverv eller forretningsforhold”. I henhold til den overordnede problemstilling avgrenses det imidlertid mot å vurdere en persons ”tillitsvervs- eller forretningsforhold” overfor en bedrift, jf. markedsføringsloven § 7 (1).

Den følgende vurdering vil altså foretas med den forutsetning at det er eller har vært tale om et ”tjeneste(-)forhold” mellom en bedrift og en eller flere personer, jf. markedsføringsloven § 7 (1). Tjenesteforhold skal her forstås som ansettelsesforhold eller annen forpliktelse som innebærer et engasjement mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker. Videre krever bestemmelsen at personen i det daværende eller forhenværende tjenesteforhold til bedriften foretar de rettstridige konkurransehandlinger i ”næringsvirksomhet”, jf. markedsføringsloven § 7 (1). Utnyttelsen av det som måtte være bedriftshemmeligheter må altså skje kommersielt og profesjonelt og med en hensikt om fortjeneste, jf. den alminnelige forståelse av ”næringsvirksomhet”. Dette vilkåret er som regel uproblematisk i forhold til oppgavens problemstilling og vil ikke drøftes mer inngående.

2.4.1.1 "bedriftshemmelighet", markedsføringsloven § 7 (1)

Vilkåret "bedriftshemmelighet" er ikke definert i markedsføringsloven. Etter sin ordlyd tilsier begrepet at det må dreie seg om informasjon som er konfidensiell for bedriften. I forarbeidene til markedsføringsloven uttales det i forbindelse med vilkåret i § 7 at det "kreves at det foreligger en viten som er spesifikk for vedkommende bedrift, og som er av betydning for dens virksomhet."⁷ Med en slik forståelse kan den fortrolige informasjonen være både av teknisk og kommersiell art, jf. forarbeidene. Den tekniske informasjonen kan altså være datateknologi, mekaniske løsninger, produksjonsmetoder, produksjonsmodeller og programmer knyttet til virksomheten. På den kommersielle siden rammes hemmeligheter som informasjon om bedriftens økonomi; resultater, strategier, budsjetter, kundedatabaser, og så videre. En bestemt informasjon vil altså i utgangspunktet kunne være en "bedriftshemmelighet" så lenge den er spesifikk og betydningsfull for bedriften.

Det avgjørende er imidlertid at informasjonen er *beskyttelsesverdig*, hensett til forarbeidenes krav om foretaksspesifikkhet og markedsbetydning. I denne sammenheng legges det til grunn i forarbeidene at "Arbeidet med produktutvikling og prøver med nye varetyper kan være bedriftshemmeligheter. En teknisk foranstaltning kan være en patent[er]bar oppfinnelse, som ønskes holdt hemmelig, men den kan etter omstendighetene også være vernet som bedriftshemmelighet selv om den ikke har den nødvendige oppfinneshøyde. (...) Det må imidlertid stilles visse krav til bedriftens forhold for at en hemmelighet skal være beskyttet. Det må enten kreves at den uttrykkelig har markert kravet på hemmelighold eller at dette ligger klart i selve situasjonen."⁸ Det kreves med andre ord at bedriften treffer konkrete tiltak for å hemmeligholde informasjonen.

Vurderingen av om en bestemt informasjon er en "bedriftshemmelighet" etter markedsføringsloven § 7, skal altså avgjøres på grunnlag av tre krav. For det første (1) må de konkrete opplysningene være *spesifikke* for vedkommende bedrift. For det andre

⁷ Uttalelser i Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966 side 48, med tilslutning i Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) side 24

⁸ Uttalelser i Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966 side 48, med tilslutning i Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) side 24

(2) må informasjonen være av *betydning* for virksomheten. Etter disse kvalitative kravene faller således allmenn viten i bransjen utenfor, begrunnet i at den fortrolige informasjonen må være spesifikk for bedriften og en viktig forutsetning for bedriftens konkurransevne. Allment kjent viten er typisk publisert og tilgjengelig informasjon for alle aktører i bransjen og kan dermed ikke sies å være spesifikk for bedriften som krever informasjonen beskyttet, selv om den er av betydning for virksomheten. Det tredje kravet (3) som kan utledes av forarbeidene gjelder bedriftens *tiltak for å hemmeligholde* informasjonen. Den spesifikke viten må behandles som hemmelig innad og utad i bedriften. De mest innlysende aktiviteter fra bedriftens side vil i denne sammenheng være å formulere taushetspliktsklausuler og taushetserklæringer overfor sine ansatte og andre med en profesjonell relasjon til bedriften, som nevnt ovenfor. Andre tiltak vil kunne være å merke dokumenter som hemmelige, kildekode programvare og overholde adgangsbegrensninger til bestemt informasjon, og så videre.

Videre må det gjøres rede for hvordan arbeidstakeren har benyttet sin kunnskap om forretningshemmeligheten i sitt nye arbeidsforhold, og hvorfor denne er urettmessig. Det må avgjøres hvorvidt bedriftshemmeligheten er ”rettsstridig” utnyttet, jf. markedsføringsloven § 7 (1).

2.4.1.2 ”rettsstridig utnytter”, markedsføringsloven § 7 (1)

Ordlyden ”utnytter” skal etter alminnelig språkbruk forstås som en form for profittering eller nyttiggjøring av en gjenstand eller abstrakt viten. Sammenholdt med begrepet ”rettsstridig”, må denne profitteringen være ulovlig eller på annen måte stride mot den alminnelige rettsfølelse, jf. ordlyden. Begrepet ”rettstridig” innehar et dynamisk element som i første rekke gir retten rom for skjønn. Vurderingen av om det foreligger rettsstridig utnyttelse etter markedsføringsloven § 7 må derav foretas helhetlig og konkret, jf. Rt. 1997 side 199 og Rt. 1990 side 607. I førstnevnte dom uttales det at vurderingen av rettsstridsvilkåret ”vil avhenge av den konkrete situasjon”. Videre slås det fast at dersom utnytteren har ”opptrådt subjektivt klanderverdig, vil det være nærliggende å si at det foreligger en rettsstridig utnyttelse.”⁹ I denne sammenheng

⁹ Rt 1997 side 199 på side 223

vil det være uhensiktsmessig å oppliste klare holdepunkter til vurderingen av rettsstridsvilkåret. I og med at vurderingen skal foretas konkret, er det de faktiske forhold i hvert sakstilfelle som gir substans til vilkåret ”rettsstridig”, jf. markedsføringsloven § 7 (1).

I praksis vil kunnskap om en teknologi som er en ”bedriftshemmelighet” som oftest være tilegnet på lovlig vis gjennom arbeidsforholdet. Det selvsagte utgangspunkt er at arbeidstakeren innehar kunnskap om både bedriftshemmeligheter og annen viten knyttet til sin tid i bedriften. I denne forbindelse kan det ofte være vanskelig å identifisere de elementer i den tidligere arbeidstakerens kunnskap som nettopp er bedriftshemmeligheter. I rettpraksis er tendensen at spørsmålet om det foreligger rettstridig utnyttelse vurderes på grunnlag av en sammenligning av de stridende parter teknologier. På den ene side bedriftens (arbeidsgiverens) teknologi, på den andre side den tidligere ansattes teknologianvendelse i det nye arbeidsforholdet. På denne måten vil det kunne pekes på eventuelle likheter og urettmessige konkurransefordeler som kan spores tilbake til den tidligere arbeidsgiverens teknologifundament. Sammenligningen vil også kunne avdekke ”subjektiv klanderverdighet”, jf. Rt. 1997 side 199. Den faktiske sammenligningen av de bestemte teknologier gjennomføres som regel av sakkyndige, hvor det undertiden slås fast at den tidligere arbeidsgiver har anvendt elementer av sin kunnskap fra det tidligere arbeidsforholdet. Retten skal med denne bakgrunnsinformasjonen avgjøre hvorvidt denne bruken utgjør en utnyttelse som er *rettsstridig*. Denne vurderingen kan være svært utfordrende, og krever en bred interesseavveining. I behandlingen av dommene under kapittel 3 vil disse konkrete vurderingene belyses nærmere.

2.5 Markedsføringsloven § 8 (1)

”Den som er blitt betrodd tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller liknende tekniske hjelpemidler i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold, må ikke rettsstridig utnytte dem i næringsvirksomhet.”

2.5.1 Bestemmelsens virkeområde. Avgrensning

Denne bestemmelsen tar sikte på å hindre rettstridig utnyttelse av en bedrifts ”tekniske hjelpemidler”, jf. § markedsføringsloven § 8 (1). Regelen er anvendelig i tilfeller der en person er blitt ”betrodd” hjelpemidlene gjennom et ”tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold”. De rettsstridige handlingene må i tillegg ha blitt foretatt i ”næringsvirksomhet”, jf. ovenfor om markedsføringsloven § 7. I likhet med vurderingen av markedsføringsloven § 7 (1) vil kun situasjoner der en eller flere personer tilknyttet en bedrift i et ”tjeneste(-)forhold” vurderes. I denne oppgaven er det bare første ledd i markedsføringsloven § 8 som vil behandles.

2.5.1.1 ”tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller liknende tekniske hjelpemidler”, markedsføringsloven § 8 (1)

Med ”tekniske hjelpemidler” menes materiell av slik art som er opplistet i markedsføringsloven § 8 (1), herunder tegninger, beskrivelser, oppskrifter og modeller. Listen er ikke uttømmende, jf. ordlyden i ”liknende tekniske hjelpemidler” og uttalelser i forarbeidene. Bestemmelsen skal forstås som at det utelukkende er hjelpemidler av teknisk natur som omfattes, ikke de som er av kommersiell natur¹⁰, til forskjell fra virkeområdet til bestemmelsen i markedsføringsloven § 7 (1). I markedsføringsloven § 8 (1) er det heller ikke et krav om at det tekniske hjelpemiddelet utgjør en bedriftshemmelighet.

Etter sin ordlyd kan det hevdes at markedsføringsloven § 8 (1) har et snevrere anvendelsesområde enn § 7 (1) i forhold til at det tilsynelatende er hovedsaklig fysiske bestanddeler som søkes beskyttet, jf. blant annet ordlyden i ”tekniske tegninger”. På den andre side er det ikke noe i veien for å inneha en abstrakt kunnskap om for eksempel en ”beskrivelse” eller ”oppskrift”, jf. markedsføringsloven § 8 (1). Kravene i relasjon til det som her beskyttes, de tekniske hjelpemidlene, kan hevdes å være enklere å vurdere i forhold til kravene til ”bedriftshemmelighet” etter § 7 (1). Dette begrunnes i at det er tale om bestanddeler som vil kunne være enkle å identifisere og at det derav er enklere å

¹⁰ Note (93) til markedsføringsloven § 8, Tore Lunde, Gyldendal Rettsdata, Norsk Lovkommentar

fastslå an eventuell urettmessig utnyttelse. Avgjørelsen av om det foreligger en urettmessig utnyttelse, skal foretas etter vilkåret ”rettsstridig utnytter”, der rettsstridsvurderingen er sammenfallende med den etter markedsføringsloven § 7 (1). Her vises det til punkt 2.4.1.2. Likeledes med vurderingen etter markedsføringsloven § 7, må den fortrolige informasjonen representere en viten som det er rimelig blir beskyttet.¹¹ Dette medfører at en bedrift ikke kan kreve beskyttet av loven tekniske hjelpemidler som fremstår som allment kjent i bransjen eller på annen måte standardmessig, jf. kravene om foretaksspesifikkhet og betydning i forbindelse med markedsføringsloven § 7 (1).

Imidlertid er det antatt i rettspraksis og teori at markedsføringsloven § 8 er anvendelig i forhold til *kunnskap* som rettslig sett ligger mellom rettsbeskyttede bedriftshemmeligheter etter markedsføringsloven § 7 og ubeskyttet allmenn kjent viten. I Torvald C. Løchen og Amund Grimstads ”Markedsføringsloven med kommentarer” (Løchen/Grimstad), presiseres dette nærmere: ”Dreier det seg om bedriftshemmeligheter, vil modellene osv. kunne få beskyttelse så vel etter § 7 som etter § 8. Selvstendig betydning får § 8 antakelig for en del tilfeller som ikke kvalifiserer til bedriftshemmeligheter, men som ligger i ”know-how”-området eller representerer særegne mønster som ikke er beskyttet av mønsterloven”.¹² Her antydes det at markedsføringsloven § 8 i realiteten er anvendelig i forhold til knowhow om tekniske forhold. Videre er bestemmelsen egnet overfor kunnskap som ikke omhandler bedriftshemmeligheter, men som kan være beskyttelseverdige likevel som følge av sin særegne karakter, jf. utdraget fra Løchen/Grimstad. Endelig tas det til veie for at ”bedriftshemmeligheter” etter markedsføringsloven § 7 også omfattes av markedsføringsloven § 8, hvilket betyr at markedsføringsloven § 8 er en betydelig bredere rettsskranke enn markedsføringsloven § 7 når det kommer til teknologisk kunnskap. Dette gjelder spesielt i forhold til knowhow.

¹¹ Torvald C. Løchen/Amund Grimstad, Markedsføringsloven med kommentarer, 7. utg., Oslo 2003, side 149

¹² Torvald C. Løchen/Amund Grimstad, Markedsføringsloven med kommentarer, 7. utg., Oslo 2003, side 149

2.5.1.2 Knowhow

Knowhow defineres som kvalifisert viten og erfaring som er noe mer enn alminnelig teknisk og kommersiell viten, men som ikke ligger så høyt at det får karakter av bedriftshemmeligheter, jf. særlig Rt. 1964 side 238: ”... med know how forstås vanligvis den samling av tekniske detaljer, kunnskaper og erfaringer som samlet kan være avgjørende for en bedrifts konkurransevne, men som hver for seg kan synes ubetydelige. Begrepet dekker således hovedsakelig området mellom bedriftshemmeligheter og almen teknisk viten. Det kan også overlappe disse områdene og særlig da det siste.”¹³

Grensen mellom knowhow og allmenn teknisk viten er mest interessant rettslig sett, og kan være vanskelig å avgjøre. For selv om deler av den tekniske kunnskapen er publisert og på denne måten allment kjent, *kan* det likevel være tale om beskyttelsesverdig knowhow. I Rt. 1964 side 238 uttales det i denne forbindelse; ”Selv om alle komponenter i en sammensetning, alle ledd i en prosess etc. i og for seg kan finnes beskrevet i den tekniske litteratur, er bare det å vite *hva* man skal velge i dagens mylder av råstoffer, *hvilke* innbyrdes råstoffkvanta en skal benytte, *hvilken* metode blant flere en skal velge, *hvordan* en maskin skal kjøres for å gi beste resultat osv., så verdifullt at en bedrift ønsker å beskytte seg mot at disse opplysninger kommer til konkurrentenes kjennskap.”¹⁴

Samlet gir disse uttalelsene klare holdepunkter for at bedriftshemmeligheter etter § 7 (1) grenser nedad til beskyttelsesverdig knowhow, som igjen nedgrenser til allmenn kjent viten. Det kan altså hevdes at markedsføringsloven § 8 har et videre anvendelsesområde enn markedsføringsloven § 7 (1), selv om ordlyden i førstnevnte bestemmelse kanskje tilsier det motsatte. Forhold som etter markedsføringsloven § 7 rubriseres som kunnskap om tekniske ”bedriftshemmelighet”, utgjør *også* kunnskap om ”tekniske hjelpemidler” etter markedsføringsloven § 8 (1). Dette gjelder ikke motsatt, da vilkåret ”bedriftshemmelighet” innehar strengere krav.

¹³ Rt. 1964 side 238, på side 245

¹⁴ Rt. 1964 side 238, på side 243

Forutsatt at en arbeidstaker har tilegnet seg en samlet kunnskap om en bestemt teknisk prosess, der elementene i kunnskapen ikke har høyde til å rubriseres som bedriftshemmeligheter etter markedsføringsloven § 7 (1), kan markedsføringsloven § 8 (1) komme inn som en rettsskranke for vedkommendes handlefrihet i det nye arbeidsforholdet der det er tale om knowhow slik denne kunnskapen er definert i Rt. 1964 side 238. Markedsføringsloven § 8 (1) innehar imidlertid et selvstendig element i form av betroelsesvilkåret.

2.5.1.3 "Den som er blitt betrodd ...", markedsføringsloven § 8 (1)

For at § 8 skal kunne utgjøre en rettslig skranke i forbindelse med bruk av kunnskap om et teknologisk hjelpemiddel, må dette være "betrodd" vedkommende, jf. markedsføringsloven § 8 (1). En naturlig språklig forståelse av ordlyden "betrodd" tilsier at det må være tale om overlattelse av de tekniske hjelpemidlene ved avtale og at denne avtalen uttrykkelig eller stilltiende forutsetter et bestemt bruksformål. Eksempler på dette kan være tegninger som medfølger et anbud eller arbeidskontrakter med definerte vilkår.¹⁵ Dette kan innebære at knowhow om eksempelvis en bestemt produksjonsprosess likevel ikke kan subsumeres under § 8, forutsatt at denne kunnskapen ikke var "betrodd" vedkommende som senere anvendte kunnskapen i et annet arbeidsforhold. På den andre side kan det tas til veie for at rettsforbindelsen gjennom *arbeidskontrakten* uansett forutsetter at all teknologiinformasjon en arbeidstaker kommer over i bedriften, anses som bestemt til denne virksomhetens formål alene. Med en slik forutsetning vil all knowhow som arbeidstakeren tilegner seg i et arbeidsforhold, regnes som "betrodd" vedkommende. Her er det noe uklart hvilken forståelse som skal legges til grunn, men det kan være tilstrekkelig grunn til å hevde at betroelsesvilkåret har begrenset betydning i tilfeller der det er tale om en *arbeidstakers* knowhow knyttet til teknologi.

Markedsføringsloven § 7 inneholder til sammenligning ikke et betroelsesvilkår. Etter denne bestemmelse er det altså ikke av betydning *hvordan* arbeidstakeren har tilegnet

¹⁵ Torvald C. Løchen/Amund Grimstad, Markedsføringsloven med kommentarer, 7. utg., Oslo 2003, side 149

seg kunnskapen, så lenge det er vedkommendes forhold til bedriften som er årsaken til kunnskapen.

Den kunnskap som hevdes utnyttet kan altså være enten rettsstridig bruk av en "bedriftshemmelighet" etter markedsføringsloven § 7, rettstridig bruk av tekniske hjelpemidler etter markedsføringsloven § 8 eller urettmessig bruk av "knowhow". I tilfeller der det er tale om en utnyttelse av teknologisk kunnskap som ikke kan subsumeres under spesialbestemmelsene i §§ 7 og 8, vil det være naturlig å se hen til relevansen av generalklausulen i markedsføringsloven § 1.

2.6 Markedsføringsloven § 1 (1)

"I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom, eller er urimelig i forhold til forbrukere eller som for øvrig strider mot god markedsføringsskikk."

2.6.1 Bestemmelsens virkeområde. Avgrensning

I forhold til grensen mellom rettmessig og urettmessig bruk av teknologisk kunnskap fra tidligere arbeidsforhold, er det bare generalklausulens første ledd som er av interesse. De øvrige bestemmelser i markedsføringsloven kapittel 1 er presiseringer av § 1 (1). Således utgjør denne rettslige standarden selve kjernen i markedsføringsloven når det gjelder rettsforholdet mellom næringsdrivende i markedsføring. Det overordnede spørsmål er i denne anledning hva som kreves for at markedsføringsloven § 1 kan fungere som en rettslig skranke der bestemmelsene i §§ 7 og 8 ikke er anvendelige i forhold til bruk av teknologisk kunnskap fra tidligere arbeidsforhold.

2.6.1.1 "god forretningsskikk næringsdrivende imellom", markedsføringsloven § 1 (1)

Det sentrale vilkår i § 1 (1) knytter seg til forbudet mot handlinger "som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom". Formuleringen "for øvrig strider mot god markedsføringskikk" i samme ledd viser i første rekke til urimelighet i forhold til forbrukermarkedsføring. Denne delen av § 1 (1) kan imidlertid også tolkes som et ytterligere sikkerhetsnett som fanger opp det aller meste innenfor moralsk klanderverdige handlinger mellom næringsdrivende.

Etter bestemmelsen må det være tale om en "handling" foretatt i "næringsvirksomhet", jf. markedsføringsloven § 1 (1). Som ved behandlingen av markedsføringsloven §§ 7 og 8, vil disse vilkårene ikke problematiseres nærmere i henhold til problemstillingens forutsetninger.

Ordlyden "god forretningsskikk" er svært vid, og det er også meningen. Dette elementet i bestemmelsen gir uttrykk for selve standarden i markedsføringsloven § 1. En antitetisk ordlydstolkning av begrepet tilsier at det ikke må utføres en handling som vil stride mot den alminnelige oppfatningen om hva som er rederlig i næringslivet. Generalklausulen bør imidlertid ikke tolkes for bokstavelig, da den skal være en dynamisk regel ment til å utvikle seg i takt med næringslivets normer og forløp. Disse omstendigheter åpner i stor grad for rettens skjønn, da ordlyden i og for seg bare gir generelle retningslinjer for skjønnsutøvelse. I Rt. 1998 side 1315 uttales det i forbindelse med vilkåret at: "Ved vurderingen har naturligvis oppfatningen innen næringslivet sentral betydning. Men den er ikke alene avgjørende. Retten må selv gjøre seg opp en mening om hva som er "god" forretningsskikk, jf Ot.prp.nr.57 (1971-72) side 8. Den konkrete vurderingen må ta utgangspunkt i at vilkåret skal bidra til å sikre sunn konkurranse innen næringslivet. Bestemmelsen kan dermed ikke praktiseres så strengt at den virker hemmende på konkurransen."¹⁶

Det viktigste poenget er altså at det skal foretas en *konkret* vurdering, der utgangspunktet for drøftelsen skal være den alminnelige oppfatning hos den jevne,

¹⁶ Rt. 1998 side 1315 på side 1322-1323

fornuftige næringsdrivende. Når det kommer til skikk og bruk i forretningslivet, er det naturlig og hensiktsmessig at de normer og spilleregler som blir fulgt i en spesifikk bransje må fungere som målestokk for vurderingen. Likevel har retten gjennom den konkrete helhetsvurderingen anledning til å vike fra det som måtte være en bransjes syn på sine normative regler hvis disse fremstår som innarbeidet umoralske eller illojale.

Tidspunktet for handlingen som angivelig bryter med god forretningsskikk kan være et kritisk moment i vurderingen av om forretningsskikkstandarder er brutt. Med den forutsetningen at handlingen fant sted mens vedkommende fremdeles var ansatt, vil det lett bli konstatert overtredelse. I slike tilfeller vil den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold også komme inn som en viktig skranke. I Rt. 1990 side 607 uttales det i denne forbindelse at: ”Slik jeg ser det, må markedsføringsloven § 1 kunne anvendes på arbeidstakere som tar sikte på å slutte i en bedrift for å begynne egen virksomhet, når de som her, i ansettelsestiden etablerer næringsvirksomhet som foretar konkurransehandling. Lojalitetsprinsippet i den nevnte lovbestemmelse vil imidlertid for forhold i ansettelsestiden, sjelden få selvstendig betydning, idet arbeidstakerens handlefrihet i denne tid vil være sterkt begrenset av hans lojalitets- og troskapsplikt overfor arbeidsgiveren.”¹⁷ Da ulovfestede lojalitetsplikten regulerer forhold som utspiller seg i ansettelsesperioden, er spørsmålet videre hva som skal til for at markedsføringsloven § 1 kan ha selvstendig betydning i forhold til handlinger foretatt etter arbeidsforholdets opphør.

2.6.1.2 Forholdet mellom markedsføringsloven § 1 (1) og spesialbestemmelsene i markedsføringsloven §§ 7 (1) og 8 (1)

De overnevnte spesialbestemmelsene i markedsføringsloven §§ 7 og 8 er de to mest praktiske rettslige begrensninger i forhold til hva en arbeidstaker kan foreta seg i et nytt arbeidsforhold. Spørsmålet videre er i hvilken grad markedsføringsloven § 1 kommer inn som en ytterligere skranke i relasjon til arbeidstakerens rett til å bruke sin teknologiske kunnskap.

¹⁷ Rt. 1990 side 607, på side 614

I Rt. 1995 side 1908 uttales det i denne forbindelse at ”Selv om ”generalklausulen” i markedsføringsloven § 1 supplerer lovens spesialbestemmelser, må det etter min mening vises forsiktighet med å anvende den på forhold av lignende karakter som omhandlet i spesialbestemmelsene når vilkårene etter disse ikke er oppfylt.”¹⁸ Denne oppfatningen er også forutsatt i forarbeidene til markedsføringsloven § 1 (Konkurranselovkomiteen 1966, jf. side 19 nederst):

”... generalklausulen kan ikke brukes til å oppfange varianter som spesialparagrafen har ment skal gå ’skuddfri’. Det må foreligge en variant som spesialparagrafen ikke tar standpunkt til. Og vilkåret for å anvende Generalklausulen er naturligvis alltid at det foreligger et moment som volder at handlingen er i klar strid med god forretningsskikk.”

I Rt. 1998 side 1315 presiseres uttalelsene i forarbeidene ytterligere: ”Vurderingstemaet vil primært være om det foreligger elementer i saken som ikke fanges opp av vedkommende spesialbestemmelse, og som hensynet til sunn konkurranse tilsier bør gis et vern som går ut over det som følger av spesialbestemmelsen. I denne sammenheng er det et sentralt moment i hvilken utstrekning spesialbestemmelsen kan anses uttømmende å regulere den aktuelle situasjonen, jf Innstilling fra Konkurranselovkomiteen, avgitt 1966 side 23-24.”¹⁹

For at markedsføringsloven § 1 skal kunne fange opp tilfeller som ikke rammes av vilkårene i markedsføringsloven §§ 7 og 8, må disse tilfellene altså inneholde ”en variant som spesialparagrafen ikke tar standpunkt til”, jf. forarbeidene nevnt ovenfor. Dette må forstås som at det må være *noe mer* med forholdet enn det som fremgår av spesialbestemmelsene for at markedsføringsloven § 1 skal tre i kraft som en ytterligere rettslig skranke, jf. Rt. 1998 side 1315. Dette gir mening i forhold til markedsføringslovens struktur og den selvstendige betydningen til både markedsføringsloven §§ 7 og 8.

Spørsmålet videre er hva som konkret skal til for at en bestemt kunnskap kan rammes av markedsføringsloven § 1. I forhold til utnytting av *kommersiell* kunnskap (knowhow),

¹⁸ Rt. 1995 side 1908, på side 1918

¹⁹ Rt. 1998 side 1315, på side 1322

skriver Lunde at ”Skal god forretningsskikk-standarden nyttast som grunnlag for innskrenkingar i handlefridomen, talar reelle hensyn for eit krav om at det tidlegare arbeidsforholdet har skapt eit særleg erfaringsgrunnlag, som skil seg markert frå det som elles er vanleg for tilsvarende stilingar. I tillegg må det stillast krav om at utnyttinga av dette erfaringsgrunnlaget i lys av prinsippa for fri, men redeleg konkurranse, verkar urimeleg overfor tidlegare arbeidsgjevar.”²⁰ En slik oppfatning kan overføres til også å gjelde teknologisk kunnskap. Der en slik kunnskap ikke rammes av verken §§ 7 eller 8, bør det være tale om et særlig erfaringsgrunnlag som det vil stride mot konkret rimelighet å tillate anvendt i et annet arbeidsforhold. I kapitlet om nettopp utnytting av teknologisk kunnskap, skriver Lunde at det må understrekes at ”elementet av illojalitet som vil kunne tale for inngrep på grunnlag av god forretningsskikk-standarden, særleg vil kunne ligge i kombinasjonen av utnytting av teknologisk kunnskap og marknadsføring overfor arbeidsgjevars tidlegare kundar. Om utnyttinga av informasjonen gjeld tekniske prinsipp som er kjende frå tidlegare, eller om det tidlegare arbeidsforholdet er ein heilt nødvendig føresetnad for den aktuelle utnyttinga, må stå heilt sentralt i denne vurderinga. I dess større grad kunnskapen spesifikt kan førast tilbake til det tidlegare arbeidsforholdet, dess sterkare vil grunnlaget for inngrep vere.”²¹

Problemet er imidlertid at det kan være svært vanskelig å definere det særlige erfaringsgrunnlaget, og vurderingen rundt ”god forretningsskikk” etter markedsføringsloven § 1 vil uansett bli svært bred. Men en *særegen kombinasjon* av kommersiell og teknologisk kunnskap kan altså i teorien rammes av markedsføringsloven § 1. Det synes imidlertid å være et åpent spørsmål om markedsføringsloven § 1 er egnet til å fungere som en rettslig skranke overfor utnyttelse av *teknologisk knowhow* alene, som ikke rammes av eller er uttømmende regulert av §§ 7 og 8. Dette er delvis begrunnet med at spesialbestemmelsene i seg selv er ganske dekkende og ikke minst – i likhet med markedsføringsloven § 1 – fordrer skjønsmessige, konkrete helhetsvurderinger. Men som ved de konkrete vurderinger av markedsføringsloven §§ 7 og 8, beror også vurderingen etter generalklausulen på en sammenligning mellom de respektive teknologier partene anvender i sin produksjon. Først da er det mulig å finne ut hvorvidt en bestemt knowhow kan tilbakeføres til en

²⁰ Tore Lunde: ”God forretningsskikk næringsdrivande imellom, Bergen 2001, side 381

²¹ Tore Lunde: ”God forretningsskikk næringsdrivande imellom, Bergen 2001, side 387

arbeidstakers forhenværende arbeidsforhold, og om denne eventuelle bruken er illojal og strider mot ”god forretningsskikk”, jf. markedsføringsloven § 1.

2.7 Kort oppsummering av bestemmelsene

Markedsføringslovens bestemmelser inneholder altså en rekke skjønnsmessige kriterier. Vilåårene i spesialreglene i markedsføringsloven §§ 7 (1) og 8 (1) er formulert slik at de gir domstolene et betydelig rom for tolkning. Denne friheten innebærer imidlertid også et stort ansvar for retten med tanke på å klargjøre til tider svært innflåkte faktiske forhold. Markedsføringsloven §§ 7 (1) og 8 (1) fordrer konkrete helhetsvurderinger som skal være balansert i forhold til de ulike vilåårene. Vurderingen etter den rettslige standarden i markedsføringsloven § 1 må foretas enda bredere enn vurderingene etter spesialbestemmelsene. Den foreløpige slutningen må være at markedsføringsloven § 1 bare *unntaksvis* vil kunne anvendes på forhold som markedsføringsloven §§ 7 (1) og 8 (1) uttømmende har regulert når det kommer til bruk av *teknologisk kunnskap* fra tidligere arbeidsforhold.

Som dommene nedenfor vil vise, anvendes de tre bestemmelsene i markedsføringsloven ofte subsidiært i relasjon til hverandre. Der den overordnede påstanden er illojalitet i arbeidsforhold med konkrete utnyttelsesansforsler, påberopes ofte arbeidsavtalen med tilhørende taushetspliktsklausuler prinsipalt, bestemmelsene i markedsføringsloven §§ 7 og 8 subsidiært og markedsføringsloven § 1 atter subsidiært. I denne oppgavens kapittel 3 nedenfor vil det illustreres ved presentasjoner av fire dommer hvordan retten går fram ved behandlingen av kravene etter markedsføringslovens bestemmelser. Før dette vil det forholdsvis kort redegjøres for sanksjoner ved overtredelser av markedsføringsloven.

2.8 Sanksjoner ved brudd på markedsføringslovens bestemmelser

Under dette punkt vil det redegjøres for hvilke sanksjoner som kan ilegges ved overtredelser av de overnevnte bestemmelser i markedsføringsloven, herunder §§ 1, 7 og 8. Videre vil det presenteres synspunkt på alternative metoder i forhold til å erkjenne

kompensasjon ved økonomisk tap som følge av overtredelser av markedsføringslovens bestemmelser.

2.8.1 Sanksjoner ved brudd på markedsføringsloven § 1

Overtredelser av markedsføringsloven § 1 vil bli sanksjonert under reglene i markedsføringsloven kapittel V, herunder denne lovs § 16:

”I vedtak etter §§ 12 og 14 mot markedsføring i strid med §§ 1 til 5 eller mot urimelige avtalevilkår som nevnt i § 9 a skal det fastsettes et tvangsgebyr som den som vedtaket retter seg mot, skal betale dersom vedkommende overtrer vedtaket eller medvirker til at en annen foretar den handlingen vedtaket retter seg mot.”

Sanksjonen ”tvangsgebyr” skal etter forarbeidene fungere som incitament for etterlevelse av forbudsvedtaket, jf. Ot.prp. nr. 34 (1994-95) side 21. I denne forbindelse bør derfor tvangsgebyret ”settes minst så høyt at det ikke vil lønne seg økonomisk å overtre vedtaket”, og at ”tvangsgebyrets størrelse må være avhengig av sakens art og adressatens økonomiske forhold”, jf. samme henvisning. Overtredelser av markedsføringsloven § 1 sanksjoneres i utgangspunktet mildere enn overtredelser av markedsføringsloven §§ 7 og 8.

2.8.2 Sanksjoner ved brudd på markedsføringsloven §§ 7 og 8. Vurdering

Bestemmelsen som regulerer sanksjoner ved brudd på markedsføringsloven §§ 7 og 8 er å finne i samme lovs § 17. I markedsføringsloven § 17 (1) uttrykkes hovedregelen.

”Den som forsettlig overtrer §§ 2-9 i denne lov eller vedtak som er gjort i medhold av denne lov, straffes med bøter, fengsel i inntil 6 måneder eller begge deler dersom ikke strengere straffebestemmelse kommer til anvendelse. Medvirkning straffes på samme måte.”

Markedsføringsloven §§ 7 og 8 er altså straffebestemmelser. Skyldkravet i forbindelse med overtredelse er forsett, jf. ”forsettlig overtrer”. I denne vurderingen skal alminnelige strafferettslige regler anvendes. Strafferammen for overtredelser av bestemmelsen ble skjerpet ved lov 21. desember 2000 nr. 106, og den som overtrer bestemmelsen kan straffes med bøter og fengsel i inntil et halvt år. Denne endringen innebærer også at det kan benyttes straffeprosessuelle tvangsmidler under etterforskningen av saker etter markedsføringsloven.

Likevel viser rettspraksis at overtredelser av markedsføringsloven sjelden kommer for retten som straffesaker. De fleste forhold der brudd på markedsføringsloven er påstått, forekommer som sivile saker, der rettsvirkningen er erstatning og tidsbestemt forbud mot å markedsføre produktet. For erstatningssøksmål med ansvarsgrunnlag i overtredelser av markedsføringsloven §§ 7 og 8 gjelder *alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige regler*.

Det kan imidlertid være en krevende oppgave å bevise årsakssammenheng i forbindelse med erstatningskrav etter markedsføringsloven §§ 7 og 8. Dette gjelder særlig i forhold til bedrifter hvis produksjonsprosesser består av høyteknologi med ulike komponenter som hver for seg kan gi en urettferdig fordel i en annen bedrift om en utnyttelse finner sted. Likeledes kan det være problematisk å påvise et bestemt økonomisk tap i forbindelse med utnyttelser av immaterielle verdier. Samtidig kan det være uvisst hva utgangspunktet bør være for erstatningsutmålingen; den ene bedriftens økonomiske tap eller den andre bedriftens økonomiske vinning? Det kan undertiden virke mot sin hensikt å operere med alminnelige erstatningskrav i slike saker, da både spørsmål om årsakssammenheng og utmåling kan være svært kompliserte og vanskelige for partene å forutse resultatet av. Av denne grunn er det blitt ytret kritiske merknader til dagens praksis.

Advokat Ingvild Mestad har i tidsskriftet Lov og Rett 10/2001 skrevet en artikkel om ”Erstatning ved krenkelse av markedsføringslovens bestemmelser til vern om immaterielle verdier”²², der det fremlegges synspunkter for at en vederlagsordning skal anvendes fremfor de nåværende alminnelige regler etter den ulovfestede erstatningsrett.

²² Lov og Rett 10/2001 side 610-623

Mestad uttaler at ”Mitt hovedanliggende er spørsmålet om det ved krenkelser av markedsføringsloven kan kreves erstatning etter vederlagsprinsipper, dvs. om den krenkede kan kreve erstatning uten å påvise noe konkret tap som følge av krenkelsen.”²³ Her er poenget – i denne sammenheng i forhold til markedsføringsloven §§ 1, 7 og 8 – at vederlag som erstatning fastsettes ut fra hva som ville utgjort et rimelig vederlag for den ulovlige utnyttelsen av den krenkedes frambringelse. Altså ikke på bakgrunn av et økonomisk tap. Hun konkluderer med at brudd på markedsføringslovens bestemmelser nettopp bør sanksjoneres med et stipulert vederlag fordi en slik ordning vil ”være mest hensiktsmessig ut fra hensynet til effektiviteten i sanksjonene ved overtredelser”.²⁴ Et slikt synspunkt er svært relevant i forhold til sanksjoner der urettmessig bruk av teknologisk kunnskap fra tidligere arbeidsforhold har funnet sted. Dette vil sikre den krenkede bedrift kompensasjon selv om det faktiske økonomiske tapet vanskelig lar seg bevise. Erstatningstemaet vil imidlertid av plasshensyn ikke drøftes mer inngående enn det overstående.

3 Rettspraksis

3.1 Perspektiv

I de følgende presentasjoner av dommene i Rt. 1964 side 238, Rt. 1997 side 199 og de to underrettsdommene fra lagmannsretten, LG-2003-8617 (Roxardommen) og LA-2004-60570 (Scanmardommen), er det overordnede målet å synliggjøre de rettslige skranker i forbindelse med bruk av teknologisk kunnskap fra tidligere arbeidsforhold. Dommen i Rt. 1964 side 238 er fremdeles referert til i rettspraksis og teori, og fremsetter prinsipielt viktige vurderingstemaer knyttet til rettslige skranker for bruk og utnyttning av kunnskap. Rt. 1997 side 199 gjelder forholdet mellom en bedrift og en prosjektsamarbeidspartner, men dommen fremsetter prinsipielt viktige prinsipper særlig i forbindelse med rettstridsvilkåret. Lagmannsrettsdommene viser i hvilken grad

²³ Lov og Rett 10/2001 side 611

²⁴ Lov og Rett 10/2001 side 623

domstolene må foreta svært brede og kompliserte utgreiinger av sakens faktiske forhold i vurderingen av om teknologikunnskap fra et tidligere arbeidsforhold er brukt til andre formål, herunder rettstridige konkurransehandlinger i markedsføringshensikt. Hensikten med denne fremstillingen er ikke å vekke eller å sette dommene i et direkte sammenligningslys, men å illustrere hvordan de rettslige skranker for bruk av teknologikunnskap fra tidligere arbeidsforhold fordrer konkrete og derav *uensartede* helhetsvurderinger. Lagmannsrettsdommene har begrenset rettskildemessig vekt og må betraktes deretter.

3.2 Rt. 1964, side 238. "Notflottørdommen"

3.2.1 Oversikt. Sammendrag

I denne saken ble det – i form av et motsøksmål – reist erstatningskrav fra en arbeidsgiver som mente at en tidligere arbeidsleder rettstridig hadde tatt ansettelse hos en konkurrerende bedrift og rettstridig røpet produksjonsprosessen i sin helhet. Arbeidslederen var ansatt i Firmaet Brødr. Sundes plastfabrikk i Spjelkavik fra 14. juni 1955 til 4. oktober 1956, da arbeidsforholdet opphørte på grunn av en kontrovers mellom partene. Arbeidslederen reiste søksmål mot Sundes plastfabrikk med krav om utbetaling av lønn, mens Sundes plastfabrikk i motsøksmål krevde erstatning på grunnlag av brudd på taushetsplikt og røping av forretningshemmeligheter i et nytt arbeidsforhold. Sundes plastfabrikk hevdet at deres tidligere arbeidsleder rettstridig hadde satt sin nye arbeidsgiver – A/S Trondhjems Korkefabrikk – i stand til å oppta produksjon av notflottører fremstilt av PVC-skum med lukkede celler.

Herredsretten og lagmannsretten tok til veie for at plastfabrikkens produksjonsprosess måtte anses å være en bedriftshemmelighet og at arbeidslederen hadde overtrådt straffeloven § 294 nr. 2 ved å røpe denne til A/S Trondhjems Korkefabrikk. Høyesterett kom også til at Sunde plastfabrikk hadde rett til erstatning fra den tidligere arbeidslederen, men på et annet grunnlag. I Notflottørdommen fant Høyesterett at det ikke var nødvendig å avgjøre hvorvidt straffeloven var overtrådt, men foretok en vurdering med utgangspunkt i den primære arbeidsavtalen som inneholdt en

taushetspliktsklausul. Momentene i denne vurderingen har betydning for den nåværende markedsføringslovens retningslinjer for anvendelse av §§ 1, 7 og 8.

3.2.2 Rettsanvendelsen

Hovedpoenget i dommen er at *kontraktsforholdet* mellom en arbeidsgiver og arbeidstaker kan medføre at arbeidstakeren har en innskrenket rett til å bruke sin teknologikunnskap til andre formål. I denne dommen tar Høyesterett utgangspunkt i arbeidsavtalen mellom de to partene, fordi denne kontrakten inneholdt en klausul om at arbeidslederen pliktet å bevare taushet om alle forhold av betydning ved Sundes produksjonsprosess – uten hensyn til om disse forhold i og for seg kunne karakteriseres som bedriftshemmeligheter. Den viktigste rettslige skranken som materialiserer seg i dommens begrunnelse for resultatet, omhandler knowhow.

Det fremgår av dommen at knowhow, som nevnt tidligere, utgjør ”den samling av tekniske detaljer, kunnskaper og erfaringer som samlet kan være avgjørende for en bedrifts konkurransevne, men som hver for seg kan synes ubetydelige.”²⁵

Førstvoterende i Notflottørdommen uttaler blant annet ”Jeg anser det klart at sistnevnte bestemmelse [i arbeidskontrakten] ikke kan forstås slik at taushetsplikten bare omfattet det som etter en objektiv vurdering kunne betegnes som bedriftshemmeligheter i egentlig forstand; partenes mening må etter min oppfatning ha vært at alt det spesifikke som inngikk som led i bedriftens fremstillingsmetode, skulle være undergitt taushetsplikt. Hvor langt dette i enkeltheter kunne gå, kan muligens være uklart, men det kan etter min mening ikke være tvilsomt at Urke måtte være avskåret fra å røpe produksjonsprosessen i dens helhet slik som han synes å ha gjort i dette tilfelle - en prosess som Sunde etter min oppfatning også hadde gjort tilstrekkelig for å hemmeligholde.”²⁶ Her finner retten at arbeidslederens kunnskap om produksjonsprosessen i forbindelse med fremstilling av notflottører i plast i sin helhet, utgjorde beskyttelsesverdig knowhow. Den omstendighet at arbeidslederen gikk over til en bedrift som i utgangspunktet *ikke* hadde kunnskap om fremstillingen av notflottører i

²⁵ Rt. 1964 side 238, på side 245

²⁶ Rt. 1964 side 238, på side 244

plast – men som startet slik produksjon etter arbeidslederens ansettelse – ble delvis avgjørende i forhold til at det måtte foreligge et brudd på taushetspliktsklausulen.

Spørsmålet er om retten hadde kommet frem til samme resultat hvis ikke arbeidskontrakten inneholdt denne klausulen. Mye tyder på at vurderingen i alle fall ville inneholdt mye av de samme elementer, selv om resultatet muligens ikke ville blitt det samme. Herreds- og lagmannsretten kom til at det forelå overtredelse av straffelovens bestemmelse om utnyttelse av bedriftshemmeligheter. De sakkyndige for Høyesterett uttalte følgende i denne saken; ”Disse opplysninger fra det praktiske produksjonsliv trekker sterkt i retning av at det tross det materiale som kan finnes i fag- og patentlitteratur i tillegg til alminnelige kunnskaper og erfaringer av teknisk art, langt fra er lett å etablere en fremstilling av notflottører av plast i lønnsom produksjon. Under enhver omstendighet må man kunne gå ut fra at den produsent som har funnet frem til en lønnsom produksjonsprosess, dermed har skaffet seg et økonomisk fortrinn som andre ikke vil kunne ta igjen uten tidkrevende og trolig kostbare forsøk hvis resultat når det gjelder muligheten for å få etablert en konkurransedyktig produksjon, kan stille seg uvisst.”²⁷ Her antydes det at kunnskapen som tilegnes gjennom en prøve- og feileprosess i en bestemt produksjon kan være så verdifull for en bedrift at den er beskyttelsesverdig ut fra konkurransehensyn, og at tidligere ansatte dermed ikke kan ta denne med seg videre.

3.3 Rt. 1997 side 199, ”Cirrusdommen”

Denne dommen omhandler rettsforholdet mellom en bedrift og en tidligere prosjektsamarbeidspartner, ikke en tidligere arbeidstaker. Presentasjonen av dommen vil av denne grunn gjøres kort. Saken inneholder imidlertid viktige rettskildemessige poenger som kan overføres til også å gjelde i forhold til relasjonen mellom en bedrift og en tidligere ansatt. De samme hensynene som nevnt ovenfor under punkt 1.3 vil gjøre seg gjeldende her. Partene i denne saken var et skipsverft og et ingeniørfirma, der ingeniørfirmaet hevdet at skipsverftet rettstridig hadde utnyttet tekniske tegninger, byggespesifikasjoner og modeller med bedriftshemmelighetshøyde. Høyesteretts flertall

²⁷ Rt. 1964 side 238, på side 242

dømte verftet for brudd på markedsføringsloven §§ 7 og 1. Mindretallet bestående av to dommere mente at en rettstridig utnyttelse ikke hadde funnet sted.

Det mest interessante som kan utledes fra dommen er at terskelen for anvendelse av markedsføringslovens bestemmelser i utgangspunktet er relativt høy når det kommer til tilfeller av bruk av en samlet teknologisk erfaringskompetanse mellom *samarbeidspartnere* i næringsforhold. Det er således grunn til å hevde at terskelen for inngrep i en *arbeidstakers* handlefrihet i et nytt arbeidsforhold er enda litt høyere, jf. de viktige hensynene om fritt valg av arbeidsgiver og virksom konkurranse. Etter dommen kan det slås fast at det skal noe mer til for at en ”rettstridig” utnyttelse har funnet sted enn at den krenkende part bare får en urettferdig fordel i form av besparelser av tid og ressurser.²⁸ I Cirrusdommen ble det vektlagt at ”teknologien fra ingeniørfirmaet var av stor verdi, og at den ble utnyttet i stor grad i skipsverftets ”eget prosjekt”.²⁹ En slik gradsvurdering forutsetter en helhetsvurdering til rettsstridsvilkåret der utnyttelseselementene identifiseres og avveies.

3.4 LG-2003-8617: Roxar Flow Measurement AS mot Flowsys AS

3.4.1 Oversikt

Denne saken gjelder krav om forbud mot markedsføring og salg, samt erstatning for rettsstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter eller knowhow. Roxar Flow Measurement AS (heretter Roxar AS) ble i første instans saksøkt av Flowsys AS for trakassering og overtredelser av markedsføringsloven §§ 1 og 2. Flowsys AS bestod av tre personer som alle hadde vært en del av Fluenta AS, et selskap som på et tidspunkt ble kjøpt opp av Roxar AS og senere ble fusjonert inn i dette. Disse tre personene arbeidet med høyteknologiske flerfasemålere til bruk i olje- og gassindustrien all den tid de var ansatt i Fluenta AS/Roxar AS. De tre personene sa etter en viss tid opp stillingene sine i Roxar AS med korte mellomrom og etablerte Flowsys AS. Sistnevnte

²⁸ Universitetet i Oslo, Institutt for privatrett, markedsrett: Harald Irgens-Jensen: ”Forretningshemmeligheter” (2007), side 580. Lenke: www.jus.uio.no/ifp/markedsrett/publikasjoner/forretningshemmeligheter.pdf

²⁹ Universitetet i Oslo, Institutt for privatrett, markedsrett: Harald Irgens-Jensen: ”Forretningshemmeligheter” (2007), side 580. Ref. Rt. 1997 side 199. Lenke: www.jus.uio.no/ifp/markedsrett/publikasjoner/forretningshemmeligheter.pdf

selskap begynte etter hvert med produksjon og markedsføring av nye flerfasemålere i direkte konkurranse med Roxar AS sine produkter, forholdsvis kort tid etter etableringen av bedriften. I motsøksmålet mot Flowsys AS la Roxar AS ned påstand om at førstnevnte selskap hadde overtrådt markedsføringsloven §§ 7 og 8, subsidiært markedsføringsloven § 1, med krav om erstatning og forbud mot markedsføring.

3.4.2 Rettsanvendelsen

Denne saken ble utelukkende avgjort på grunnlag av markedsføringsloven § 7, hvorav den overordnede problemstillingen var hvorvidt Flowsys AS "rettsstridig" hadde utnyttet en "bedriftshemmelighet" i besittelse av Roxar AS i forbindelse med markedsføringen av flerfasemålerne. Det tas ikke stilling til om Flowsys AS har overtrådt markedsføringsloven §§ 8 eller 1, da resultatet i dommen ble brudd på markedsføringsloven § 7. Slik saken utspillet seg, er den svært betegnende for i hvilken grad tidligere arbeidstakere *kan være* hindret i å anvende sin samlede teknologiske kunnskap fra et arbeidsforhold til andre formål, herunder i forbindelse med etableringen av et konkurrerende selskap. I likhet med de sakkyndiges uttalelser i Rt. 1964 side 238, Notflottørdommen, var vurderingen i Roxardommen i stor grad knyttet til en konkret og helhetlig sammenligning av de to virksomhetenes teknologier. Spørsmålet inneholder elementer av årsakssammenhengsproblematikk; kunne de tidligere arbeidstakerne ha markedsført sitt produkt uten å utnytte den kunnskap de hadde tilegnet seg gjennom deres tidligere arbeidsforhold? I Roxardommen pekes det særlig på den vesentlige forskjellen på teoretisk kunnskap gjennom utdanning, forskning og publisert viten på den ene side, og aktiv prøving og feiling i det praktiske liv på den andre side. I forhold til spørsmålet om kunnskapen om flerfasemålerne utgjorde en av Roxar AS' bedriftshemmeligheter, ble det uttalt i dommen: "For lagmannsretten er det ikke avgjørende om enkeltelementer i de CMR-rapportene som er påberopt kan sies å være del av en allmenn viten, slik tingretten tar utgangspunkt i. Poenget er at den prøve- og feileprosess som Fluenta drev med over år, ga sentral informasjon som kunne sette andre i stand til å konkurrere med Fluenta/Roxar uten selv å utføre det arbeid og bruke de midler som Fluenta/Roxar hadde utført og brukt."³⁰

³⁰ LG-2003-8617 (Gulating), Lagmannsrettens syn

I den foreliggende sak hadde Flowsys AS sine medarbeidere erfaringer gjennom instituttforskning og tilgang til publisert informasjon om teknologien knyttet til flerfasemålerne. Flowsys AS sine flerfasemålere hadde en annen måleenhet enn Roxar AS sine, elektronikken var ulik, samt at selve produksjonen var optimalisert gjennom parallell engineering, fritt valg av utstyrsleverandører og effektiv selskapsstyring. I forbindelse med problemstillingen om Flowsys AS ”rettsstridig” hadde utnyttet bedriftshemmeligheten, uttaler lagmannsretten; ”Det er vanskelig å nærme seg denne problemstilling på annen måte enn ved å ta utgangspunkt i den tid FlowSys brukte på utvikling av *sin* måler, sammenholdt med tidsbruken for Fluenta/Roxar og andre aktører på markedet.”³¹

Sammenfattet vurderer lagmannsretten spørsmålet om det foreligger overtredelse av markedsføringsloven § 7 på grunnlag av (1) om summen av den viten de tre tidligere arbeidstakerne innehadde utgjorde en ”bedriftshemmelighet” og (2) hvorvidt denne bedriftshemmeligheten var ”rettsstridig” utnyttet. Til den siste drøftelsen gikk vurderingstemaet ut på hvor lang tid Flowsys AS brukte på å lansere sin flerfasemåler sammenlignet med Roxar AS’ tidsbruk. Den såkalte summen av viten angående produksjonen av flerfasemålerne ble endelig ansett å ha tilstrekkelig bedriftshemmelighetshøyde, og subsumert under markedsføringsloven § 7. Som nevnt ovenfor er anvendelsesområdet til markedsføringsloven § 7 i utgangspunktet relativt snevert. I denne saken synes det som om retten lemper noe på identifikasjonskravet, hvilket Flowsys AS blant annet tar til orde for. Spørsmålet er med dette om det er muligheter for – i subsumsjonen under § 7 – å kumulere den kunnskap en tidligere arbeidstaker sitter med slik at den samlede teknologiske kunnskap utgjør en ”bedriftshemmelighet”, jf. markedsføringsloven § 7.

Dette stiller seg uvisst. Denne dommen viser at summen av den teknologiske kunnskap de tidligere arbeidstakerne innehadde må settes opp mot rettstridsvilkåret i markedsføringsloven § 7. I alle tilfeller må det foretas en helhetsvurdering der vilkårene avpasses mot hverandre. Det ble gjort ganske klart av de sakkyndige at det ikke ville vært mulig å markedsføre den konkurrerende flerfasemåleren hvis det ikke hadde vært for den samlede kunnskapen de tidligere arbeidstakerne hadde fra arbeidet med *samme*

³¹ LG-2003-8617 (Gulating), Lagmannsrettens syn

type målere i Roxar AS. I anledning den konkrete helhetsvurderingen, legges det til grunn at ”Lagmannsretten har sett hen til de allmenne interesser i at høyt kvalifiserte medarbeidere bør kunne gå ut av et arbeidsforhold uten å bli satt ut av stand til å bruke sin spesialkompetanse til å utvikle nye produkter til beste for samfunnet. Det må imidlertid kreves en betydelig aktsomhet i slike tilfeller, og i nærværende tilfelle kan det med god grunn stilles spørsmål ved om de aktuelle medarbeidere har opptrådt så aktsomt som de burde i forhold til tidligere arbeidsgiver. For øvrig må de nevnte interesser avveies mot hensynet til at en bedrift som investerer i produktutvikling slik Fluenta/Roxar har gjort, bør ha rimelig sikkerhet for at nøkkelmedarbeidere ikke tar med seg den kompetanse de bygger opp og benytter denne i konkurrerende virksomhet. I nærværende tilfelle må dette hensynet, slik lagmannsretten ser det, være avgjørende etter en samlet vurdering.”³² Etter den avgjørende sammenligningen av bedriftenes teknologier, foretas det altså en endelig avveining av partenes interesser i lys av de konkrete reelle hensyn knyttet til rettstridsvilkåret. Avgjørelsen ble at en ”rettsstridig” utnyttelse av Roxar AS’ bedriftshemmeligheter hadde funnet sted, jf. markedsføringsloven § 7.

3.5 LA-2004-60570: Scanmar AS mot Simrad Horten AS

3.5.1 Oversikt

I denne dommen kom lagmannsretten til motsatt resultat sammenlignet med avgjørelsen i Roxardommen. I LA-2004-60570, ”Scanmardommen”, stod saken mellom to bedrifter som drev med utvikling, produksjon og salg av fangstkontrollsystemer, herunder Scanmar AS og Simrad Horten AS (heretter omtalt Simrad AS). Etter at lederen og fire andre ansatte i Scanmar AS med korte mellomrom gikk over til Simrad Horten AS, la førstnevnte selskap ned påstand om illojalitet i arbeidsforhold, rettsstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter og knowhow, samt opptreden i strid med god forretningsskikk næringsdrivende imellom. Scanmar AS krevde på grunnlag av det overstående erstatning og forbud mot produksjon og markedsføring av fangstkontrollsystemet til Simrad AS. Lagmannsretten kom til slutt til at Scanmar AS’ tidligere arbeidstakere ikke hadde overtrådt noen av markedsføringslovens bestemmelser. Påstandene og kravene i

³² LG-2003-8617 (Gulating), Lagmannsrettens syn

denne saken er meget sammenfallende saksforholdet mellom Roxar AS og Flowsys AS. Omfanget av saken er imidlertid en god del større.

Dommen gir et meget godt bilde på hvilke påstander en tidligere arbeidstaker kan komme til å stå overfor når det kommer til vedkommendes bruk av teknologisk kunnskap fra det forhenværende arbeidsforhold. Dette fremgår særlig av Scanmar AS sine anførsler, der de tidligere arbeidstakerne møter påstander som (1) illojalitet i arbeidsforhold etter den ulovfestede regelen om lojalitetsplikt i arbeidsforhold, (2) brudd på markedsføringsloven § 1 som følge av illojalitet i ansettelsestiden, jf. ”god forretningsskikk”, (3) overtredelse av markedsføringsloven § 7 om utnyttelse av bedriftshemmeligheter, (4) subsidiært brudd på markedsføringsloven § 8 om ulovlig utnyttelse av knowhow, samt (5) atter subsidiært overtredelse av god forretningsskikkstandarden i markedsføringsloven § 1 *etter* arbeidsforholdets opphør.

Partene i denne saken var enige om at arbeidstakernes forhold, forut for og i forbindelse med overgangen, ble vurdert etter den ulovfestede regel om lojalitetsplikt i arbeidsforhold. I tillegg gjøres det klart for retten at Simrad AS, for samme periode, vurderes etter god forretningsskikkstandarden i markedsføringsloven § 1. Disse forhold dreier seg ikke om utnyttelse av teknologisk kunnskap, men om illojalitet knyttet til de tre arbeidstakernes angivelig ulovlige planmessige strategi om å gå over i den andre bedriften. Disse punktene vil ikke drøftes her, jf. den overordnede problemstilling. I det følgende vil fokuset være rettet mot de forhold som utspiller seg etter at arbeidstakerne har gått fra Scanmar AS til Simrad AS, herunder de anførte brudd på markedsføringsloven §§ 7, 8 og 1.

3.5.1.1 Partenes anførsler

I Scanmardommen – som i Roxardommen – problematiseres særlig markedsføringsloven § 7 som den viktigste bestemmelsen i forhold til rettsstridig utnyttelse av teknologiskunnskap. I Scanmar AS sin argumentasjon vises det til at ”Både Rt-1964-238 og Roxardommen støtter den lovforståelse, at det som er beskyttet, er den

prøve- og feileprosess som er gjennomført, altså også såkalt negativ kunnskap.”³³ Med dette menes fra Scanmar AS’ side at teknologisk kunnskap i form av viten om prøve- og feileprosessen i en gitt produksjon i utgangspunktet er beskyttet av bestemmelsene i markedsføringsloven. Scanmar AS mener videre at denne kunnskapen beviselig er rettstridig utnyttet ved ansettelsene i Simrad AS, blant annet fordi Simrad AS på et tidspunkt ønsket å kjøpe rettigheter gjennom andel i Scanmar AS’ teknologi.

Simrad AS på sin side anfører at det ikke er anledning til å kumulere den teknologiske viten slik at den samlet sett gir vern for bedriften. Det uttales i denne forbindelse at det ikke er tilstrekkelig å vise til en slik sum av viten, særlig hensett til kravet om identifisering og konkretisering av de ulike elementene som angivelig utgjør en bedriftshemmelighet etter markedsføringsloven § 7. Simrad AS fremsetter i sin påstand at ”Ankende part har vist til Roxardommen fra Gulating lagmannsrett, hvor retten anvender « sum av viten » - betraktninger ved vurderingen av om det foreligger bedriftshemmeligheter. Dette er imidlertid den eneste norske lagmannsrettsdom som benytter « sum av viten » i forbindelse med bedriftshemmeligheter (ingen høyesterettsdommer). Henvisningen i dommen til Rt-1964-238 er lite treffende, idet dommen gjaldt know how og en identifiserbar produksjonsprosess. En konkret prosess/metode kan inneholde know how, og denne kan tenkes fastlagt ved hjelp av en ”sum av viten”-tilnærming. Ankende part har ikke klart å konkretisere hva en sum av viten kan brukes på.”³⁴

3.5.1.2 Lagmannsrettens syn

Den ene parten i denne saken – Scanmar AS – henviser altså ivrig til Roxardommen av åpenbare grunner. Problemet er imidlertid at saksforholdet ikke samsvarer helt i disse to dommene, særlig i relasjon til hvilke teknologier det er tale om. Som i Roxardommen foretar lagmannsretten i Scanmardommen først en vurdering i forhold til bedriftshemmelighetsvilkåret, deretter rettsstridsvilkåret. Til den første drøftelsen fremheves forskjellen mellom de to lagmannsrettsdommene: ”I Roxardommen dreide det seg om et spesifikt og egenartet instrument med ny funksjonalitet, basert på

³³ LA-2004-60570 (Agder), Scanmar AS’ argumentasjon, punkt 4.4.2

³⁴ LA-2004-60570 (Agder), Simrad AS’ argumentasjon, punkt 5.5

innovativ utnyttelse av grunnleggende fysiske prinsipper, utviklet til et produkt gjennom et langt utviklingsprosjekt. (...) I vår sak dreier det seg ikke om et tilsvarende spesifikt og egenartet produkt. Det dreier seg her om to bedrifters linjer av produkter for fangstkontroll, som både i funksjonalitet og teknisk realisering er nær beslektet.”³⁵

I forhold til den overstående redegjørelsen for vilkåret ”bedriftshemmelighet” i markedsføringsloven § 7, gjelder avsnittet ovenfor forskjeller i subsumsjonen knyttet til kravet om foretaksspesifikkhet. Der teknologien i Roxardommen ble vurdert til å være spesifikk og egenartet for Roxar AS, anser lagmannsretten i Scanmardommen teknologien relatert til fangstkontrollsystemene som delvis kjent mellom aktørene i bransjen. Lagmannsretten finner at saken i motsetning til Roxardommen og Notflottørdommen ”ikke dreier seg om et egenartet produkt eller en egenartet produksjonsprosess” og av denne grunn kan ikke ”lagmannsretten ikke anvende begrepet « sum av viten » i relasjon til betegnelsen bedriftshemmelighet og krav etter mfl §7.”³⁶ Men selv om retten ikke kan anvende en kumuleringsmetode i forhold til bedriftshemmelighetsvilkåret, foretar lagmannsretten i likhet med retten i Roxardommen en samlet vurdering av de to partenes teknologier og produksjonsprosesser: ”Lagmannsretten finner det således nødvendig i denne saken å foreta en gjennomgang av de teknologiområder som inngår i PI-systemet. Dette blir i utgangspunktet en vurdering av den bruk som de ansatte i Simrad har gjort av den foreliggende kunnskapsbase, som danner grunnlaget for de produkter som er gitt betegnelsen PI 30 og PI 32. Det vises til mfl §7 som rammer den rettsstridige utnyttelse av bedriftshemmeligheter. Det vil i denne drøftelsen også forekomme at retten kommer inn på vurderingen av spørsmålet om det foreligger en bedriftshemmelighet.”³⁷

Endelig ble konklusjonen at det ikke forelå brudd på markedsføringsloven § 7, fordi de enkelte elementer i Simrad AS’ teknologi ikke kunne tilbakeføres til Scanmar AS sine anførte bedriftshemmeligheter, og fordi teknologien begge parter anvendte delte de samme alminnelige tekniske prinsipper. De fleste argumentene fra Scanmar AS var rettet mot markedsføringsloven § 7, slik at lagmannsretten i dommen kort fastslo at den subsidiære anførsel om overtredelse av markedsføringsloven § 8 ikke kunne føre fram.

³⁵ LA-2004-60570 (Agder), Lagmannsrettens syn, punkt 6.5

³⁶ LA-2004-60570 (Agder), Lagmannsrettens syn, punkt 6.5

³⁷ LA-2004-60570 (Agder), Lagmannsrettens syn, punkt 6.5

Det ble begrunnet i for lav grad av konkretisering av det som måtte være rettstridig utnyttet. Når det gjaldt den atter subsidiære anførsel om brudd på god forretningsskikkstandard i markedsføringsloven § 1, ble det i dommen konstatert at forholdet må anses uttømmende regulert av spesialbestemmelsene i §§ 7 og 8.

3.5.2 Kort oppsummering av underrettsdommene

Det kan tidvis være meget vanskelig og tidkrevende å sette seg inn i en bedrifts nøkkelkunnskap i form av eksempelvis softwareteknologi eller kompliserte produksjonsmodeller. Likevel er en slik tilnærming en forutsetning for at man skal kunne avgjøre om en persons teknologikunnskap er en bedriftshemmelighet, beskyttelsesverdig knowhow eller et teknisk hjelpemiddel som er utnyttet rettstridig. I denne relasjonen er sammenligning av teknologiene essensielt. Hvis en tidligere arbeidstaker for eksempel etablerer en virksomhet i konkurranse med sin tidligere arbeidsgiver, må selskapenes teknologi settes i et sammenligningslys for å avdekke urimelige likheter eller produksjonsmetoder som indikerer utnyttelse. I både Roxardommen og Scanmardommen blir det foretatt svært inngående sammenligningsvurderinger av de respektive produksjonsprosesser for å finne likheter som tilsier rettstridige utnyttelser. Tendensen i både Roxardommen og Scanmardommen er at den største vurderingsdelen knyttes opp til sammenligninger av teknologien og produksjonsprosessene hos partene. Denne sammenligningsvurderingen fordrer meget skjønsmessige betraktninger. Selv om markedsføringsloven § 7 inneholder relativt avgrensede vilkår, er det vanskelig å unngå å blande vurderingene. Spesielt i Roxardommen er det ikke enkelt å skille mellom drøftelsene av ”bedriftshemmelighet” og ”rettstridig utnytter”, jf. markedsføringsloven § 7 (1). I denne sammenheng kan det hevdes at *for* helhetlige vurderinger av de avgrensede kriterier medfører uklarhet for næringsdrivende.

Roxardommen og Scanmardommen viser først og fremst at vurderingen av tidligere arbeidstakers bruk av teknologisk kunnskap må foretas svært konkret og helhetlig, hvilket fører til sammensatte drøftelser. Rettstridsvilkåret i markedsføringsloven § 7 synes å fungere som det viktigste skjønnelementet i bestemmelsen. Dette vil da også kunne overføres til å gjelde markedsføringsloven § 8. Om en teknologisk kunnskap er

rettstridig utnyttet, beror både på en faktisk sammenligning av teknologiene og en interesseavveining med konkret rimelighet som retningslinje.

4 Rettstilstanden

4.1 Hva er gjeldende rett?

Vernet av bedriftshemmeligheter etter markedsføringsloven § 7 synes å utgjøre den mest fremtredende rettslige skranken i forbindelse med bruk av teknologisk kunnskap, jf. særlig behandlingen av underrettsdommene ovenfor. Det kan virke som at markedsføringsloven § 7 innehar de mest praktiske vilkårene når det gjelder kunnskap om tekniske forhold, datateknologi, mekaniske løsninger, produksjonsmetoder og produksjonsmodeller i sin helhet. På den andre side er det antatt at markedsføringsloven § 8 har en viktig funksjon som hjemmel i forhold til utnyttelser av knowhow. Bestemmelsen kan altså fange opp tilfeller der en tidligere arbeidstaker har anvendt teknologisk kunnskap om noe som ikke er en ”bedriftshemmelighet” etter markedsføringsloven § 7, men som likevel må anses beskyttelsesverdig. Knowhow er den samling av erfaringer i det praktiske produksjonsliv som utgjør en arbeidstakers profesjonelle kompetanse. Denne samlingen av erfaringer har naturligvis elementer av allmenn kjent kunnskap i seg, men dette trenger ikke å være avgjørende i forhold til om erfaringene er beskyttelsesverdige. Likevel er det ikke til å komme bort fra at grensen mellom rettsbeskyttet knowhow og ubeskyttet allmenn kjent viten kan være vanskelig å trekke. Også i denne sammenheng må det foretas konkrete helhetsvurderinger der de samme rimelighetshensyn som etter markedsføringsloven § 7 blir ivaretatt.

Generalklausulen i markedsføringsloven § 1 vil kun unntaksvis komme inn som en ytterligere skranke der spesialbestemmelsene i markedsføringsloven §§ 7 og 8 er uttømmende regulert når det kommer til bruk av *teknologisk kunnskap*.

Markedsføringsloven § 1 er tilsynelatende mer aktuell som rettskranke i tilfeller der det er tale om utnyttelser av en særlig kombinasjon av teknologisk og merkantil kunnskap, sammen med elementer av illojalitet overfor den tidligere arbeidsgiver. Likevel er den

rettslige standarden med på å definere spesialbestemmelsenes virkeområde som en supplerende skranke og fungerer som en målestokk for illojalitet i arbeidsforhold generelt.

Som dommene ovenfor har illustrert, kan det virke som at retten uansett ikke vil komme unna det faktum at avgjørelsen om en urettmessig utnyttelse av teknologisk kunnskap har funnet sted, forutsetter en sammenligning av de stridende parters teknologifundament. Dette vil si at grensen mellom rettmessig og urettmessig bruk av teknologisk kunnskap ikke kan defineres uten videre. Samtidig innebærer de konkrete sammenligningsmetodene at det ikke kan settes opp minstekrav i forhold til vilkårene i markedsføringsloven §§ 7, 8 og 1 når det kommer til *hvilken* teknologisk kunnskap som kan bringes med videre i et nytt arbeidsforhold.

4.2 Ny markedsføringslov. Skandinavisk rett. Utvikling av reglene

Det overstående oppsummerer rettstilstanden. Fungerer de norske regler og bestemmelser slik de i dag er utformet med hensyn til i hvilken grad rettslige skranke skal regulere bruk av teknologisk kunnskap fra tidligere arbeidsforhold?

I Sverige finnes det en egen lov som har forretningshemmeligheter som anvendelsesområde, ”skydd för företagshemligheter”³⁸ i tillegg til en lov om markedsføring³⁹. Dansk rett har i likhet med norsk rett en markedsføringslov der det finnes bestemmelser om blant annet forretningshemmeligheter og beskyttelse av annen kunnskap. I likhet med norsk rett finnes det også en generalklausul i den danske markedsføringslov som skal være ”et supplement i forhold til spesialbestemmelsene i markedsføringsloven, således at handlinger, der ligger på kanten af – eller falder utenfor – specialreglernes typeområde, ofte vil være retsstridige som stridende mot generalklausulen”.⁴⁰ Rettspraksis viser imidlertid at dansk rett er noe mer restriktiv i forhold til hva en tidligere arbeidstaker kan foreta seg med hensyn til opparbeidet kunnskap fra et tidligere arbeidsforhold, jf. for eksempel de to danske

³⁸ Sverige: Lag 1990:409, 31. mai 1990

³⁹ Sverige: Lag 1995:450, 27. april 1995

⁴⁰ Bent Ole Gram Mortensen & Michael Steinicke, Dansk Markedsret, 2. utgave, København 2006, på side 266. Henvisning til ”bemærkningerne til markedsføringslovens § 1 (FT 1993-94, tillæg A, sp. 7264)

høyesterettsavgjørelsene i UfR 1980 side 717 ("Krøyen") og UfR 1975 side 1049 ("Skibradio").

I arbeidet med en ny nasjonal markedsføringslov er bestemmelsene i den nåværende markedsføringsloven som gjelder forholdet mellom næringsdrivende, foreslått videreført, jf. høringsutkastet til den nye lov om markedsføring av 9. mai 2008⁴¹. Den norske revisjonen er i all hovedsak rettet mot forbrukerrettigheter og søkes harmonisert med internasjonaliseringen av markedsføring. Hovedårsaken til revisjonen er at Norge må gjennomføre EU sitt direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis overfor forbrukere. I utkastet til den nye loven foreslås den nåværende markedsføringsloven §§ 1, 7 og 8 uforandret, hvilket kan tolkes som et signal om at rettsforholdet mellom næringsdrivende er tilstrekkelig regulert, underforstått også når det kommer til bruk av teknologisk kunnskap fra tidligere arbeidsforhold. Fra andre hold bemerkes det imidlertid at det overlappende norske regelsystemet bør moderniseres og restruktureres. Den omstendighet at forslaget til den nye markedsføringsloven er en tilpasning av EUs direktiv om urimelig handelspraksis fortrinnsvis overfor *forbrukere*, gjør at det kan virke noe underlig at samme lov etter revisjonen fremdeles også skal inneholde bestemmelser om forholdet mellom *næringsdrivende*.

I høringsutkastet til den nye markedsføringsloven uttales det fra høringsinstansene i denne forbindelse at bestemmelsene om forhold mellom næringsdrivende bør skilles ut i en egen lov, slik at markedsføringsloven blir en ren forbrukerlov. Advokatforeningen uttrykker blant annet at "Dette gjelder særlig § 7 om bedriftshemmeligheter, § 8 om tekniske hjelpemidler, § 8 a om produktetterligning og etter omstendighetene også § 1, generalklausulen. Advokatforeningen mener det er et klart behov for effektivisering av det erstatningsrettslige vernet for disse rettighetene, men antar at hovedansvaret for utarbeidelse av slike regler vil ligge i Justisdepartementet eller Nærings- og handelsdepartementet, og vil derfor fremsette et forslag om en effektivisering av det erstatningsrettslige vernet overfor disse."⁴² Departementet uttrykker i samme utkast at reglene som omhandler rettsforholdet mellom næringsdrivende i første omgang vil skilles ut i et eget kapittel, men at §§ 1, 7 og 8 i den nåværende markedsføringslov "videreføres uendret og departementet går i denne omgang ikke inn

⁴¹ Ot.prp.nr.55 (2007-2008)

⁴² Ot.prp.nr.55 (2007-2008), punkt 14.3, side 137-138

for å skille dem ut i en egen lov. Dette er noe man eventuelt må komme tilbake til på et senere stadium, i samråd med berørte fagdepartement.”⁴³ Tiden vil altså vise om markedsføringslovens regler overfor næringsdrivende vil samles i en egen lov. Men det er ikke til å komme bort fra at en mer omfattende revisjon av de norske regler som regulerer forhold mellom næringsdrivende kunne vært med på å skape konsekvens og bedre struktur. En fornyelse av avtaleloven § 38 og klarere, muligens lovfestede, retningslinjer knyttet til taushetsplikt⁴⁴ kan – sammen med den nåværende markedsføringslovs §§ 7, 8 og 1 – i en egen uskilt lov bidra til å gjøre det enklere for næringsdrivende å orientere seg og for domstolene å håndheve overtredelser.

5 Avslutning

Vurderingene knyttet til markedsføringsloven §§ 7, 8 og 1 skal foretas konkrete og helhetlige. Således er det vanskelig å trekke klare linjer i forhold til grensen mellom rettmessig og urettmessig bruk av teknologisk kunnskap fra tidligere arbeidsforhold. Likeledes kan det ikke stilles opp minstekrav relatert til de aktuelle vilkårene i bestemmelsene. En gjennomgående metodetendens kan derimot identifiseres etter gjennomgangen av bestemmelsene og dommene. Der arbeidskontrakten ikke gir tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre de rettslige skranker for den tidligere arbeidstakeren, må det gjennom en konkret helhetsvurdering fastslås og bevises hvorvidt kunnskapen fra det tidligere arbeidsforholdet utgjør en så kvalifisert konkurransemessig fordel i det nye arbeidsforholdet at en rettstridig utnyttelse legislativt kan forsvares. Dette må avgjøres på grunnlag av en *konkret sammenligning* av teknologiene. Rettsstridskravene i markedsføringsloven §§ 7 og 8 bærer tungtveiende hensyn som fordrer rimelig balanse i forhold til arbeidsgiveren og den tidligere ansatte. På den ene side investeringsbeskyttelse og incentivhensyn overfor bedriften, på den andre side hensynet til arbeidstakerens rett til å bruke sin spisskompetanse og konkurranseskjerping. Rettsreglene som regulerer bruk av teknologisk kunnskap fra tidligere arbeidsforhold

⁴³ Ot.prp.nr.55 (2007-2008), punkt 14.4, side 138

⁴⁴ Sml. den lovfestede taushetsplikten i Lov om behandlingsmåter i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13 første ledd, punkt (2)

synes altså materielt sett å være fungerende. Vilkårene i bestemmelsene er utpreget skjønnsmessige og vil derav utvikles i takt med gangen i næringslivet. Som en følge av at reglene får sitt innhold gjennom omstendigheter i de konkrete saksforhold til enhver tid, er lovverket lagt opp til rimelige og rettferdige avgjørelser i forbindelse med en persons handlefrihet når det kommer til vedkommendes opparbeidede teknologikunnskap. Derimot er jeg av den oppfatning at §§ 7, 8 og 1 i den nåværende markedsføringslov – som etter all sannsynlighet vil videreføres uendret i den nye markedsføringslov – etter hvert bør skilles ut i en egen lov sammen med en ny utgave av avtaleloven § 38 og andre bestemmelser som regulerer forholdet mellom næringsdrivende i markedsføring.

6 Kilder

6.1 Litteratur

Tore Lunde, God forretningsskikk næringsdrivande imellom, Bergen 2001

Torvald C. Løchen og Amund Grimstad, Markedsføringsloven med kommentarer, 7. utgave, Oslo 2003

Fritjof F. Gundersen og Ulf Bernitz, Norsk internasjonal markedsrett, Oslo 1977

Bent Ole Gram Mortensen og Michael Steinicke, Dansk Markedsret, 2. utgave, København 2006

Knophs oversikt over Norges rett, 12. utgave, Oslo 2004

Ingvild Mestad, ”Erstatning ved krenkelse av markedsføringslovens bestemmelser til vern om immaterielle verdier”, Lov og Rett 10/2001 side 610-623

6.2 Lovforarbeider

Innstilling fra konkurranselovkomiteen, 12. februar 1960

Ot.prp. nr. 57 (1971-72) til lov av 16. juni 1972 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)

Innst. O. XIX (1971-72) til lov av 16. juni 1972 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)

Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) til den nye markedsføringslov

6.3 Artikler hentet fra internett

Universitetet i Oslo, Institutt for privatrett, markedsrett: Harald Irgens-Jensen: "Forretningshemmeligheter" (2007).

Lenke: www.jus.uio.no/ifp/markedsrett/publikasjoner/forretningshemmeligheter.pdf

Jan Fougner m.fl., "Beskyttelse av forretningshemmeligheter og de ansattes lojalitetsplikt – seksjonsmøte", foredrag på 35. nordiske juristmøte, Oslo 1999.

Lenke: www.jur.ku.dk/njm/35/35_45.pdf

Gry Nergård og Tore Lunde: Kommentarnoter til markedsføringsloven: Gyldendal Rettsdata, Norsk Lovkommentar, Gry Nergård: §§ 1-5, § 9 a, §§ 9 c-9 e, §§ 10-21, Tore Lunde: § 1 og §§ 6-9.

Lenke: www.rettsdata.no

