

Høringsnotat

November 2018
Snr. 18/6167

Høring – lov om vern av forretningshemmeligheter

Innhold

1	Hovedinnholdet i høringsnotatet	5
2	Bakgrunnen for lovforslaget	6
2.1	Regelverket i Sverige og Danmark	6
2.2	Reformbehov i EU	8
3	Lovens formål og saklige virkeområde	9
3.1	Direktivets formål og saklige virkeområde	9
3.2	Forslagets avgrensninger og saklige virkeområde	11
3.3	Forslagets geografiske virkeområde	13
4	Sentrale begreper i loven	14
4.1	Begrepet forretningshemmelighet	14
4.1.1	Gjeldende rett	14
4.1.2	TRIPS	18
4.1.3	Direktivets definisjon av forretningshemmeligheter	19
4.1.4	Forslaget	22
4.2	Inngrepshandlinger	24
4.2.1	Gjeldende rett	24
4.2.2	Direktivets begrepsbruk	25
4.2.3	Forslaget	25
4.3	Øvrige definisjoner	26
4.3.1	Direktivets øvrige definisjoner	26
4.3.2	Forslaget	26
5	Vern av forretningshemmeligheter	27
5.1	Gjeldende rett	27
5.2	Direktivet artikkel 3 til 5	34
5.2.1	Lovlige handlinger	35

5.2.2	Ulovlige handlinger - inngrepshandlinger	37
5.2.3	Unntaksbestemmelse – handlinger som ikke kan håndheves.....	41
5.3	Regelverket i Sverige og Danmark	44
5.4	Forslaget.....	47
5.4.1	Innledning	47
5.4.2	Lovlige handlinger – gjennomføring av direktivet artikkel 3	49
5.4.3	Inngrep i forretningshemmeligheter	51
5.4.4	Særlig om inngrepshandlinger knyttet til varer	59
6	Generelle krav til håndhevingsregler	62
6.1	Gjeldende rett.....	62
6.2	Direktivet artikkel 6 og 7 nr. 1	62
6.3	Regelverket i Sverige og Danmark	63
6.4	Forslaget.....	63
7	Grunnløse søksmål	64
7.1	Gjeldende rett.....	64
7.2	Direktivet artikkel 7 nr. 2	65
7.3	Regelverket i Sverige og Danmark	66
7.4	Forslaget.....	66
8	Frister.....	68
8.1	Gjeldende rett.....	68
8.2	Direktivet artikkel 8.....	69
8.3	Regelverket i Sverige og Danmark	69
8.4	Forslaget.....	70
8.4.1	Nødvendigheten av en egen fristregulering	70
8.4.2	Fristens utgangspunkt	71
8.4.3	Fristens lengde	72
8.5	Spørsmål om absolutt foreldelsesfrist.....	73
9	Bevaring av konfidensialitet i forbindelse med rettslige prosesser	73
9.1	Gjeldende rett.....	73
9.2	Direktivet artikkel 9.....	75
9.3	Regelverket i Sverige og Danmark	77
9.4	Forslaget.....	78
9.4.1	Generell regulering av forretningshemmeligheter i rettsprosesser	78
9.4.2	Forbud mot formidling.....	78

9.4.3	Forbud mot bruk	79
9.4.4	Forbudets varighet og opphør.....	80
9.4.5	Begrensning av personkrets.....	81
9.4.6	Endringer i straffeprosessloven § 124	82
10	Midlertidig forføyning.....	83
10.1	Gjeldende rett.....	83
10.2	Direktivet artikkel 10 og 11	86
10.3	Regelverket i Sverige og Danmark	88
10.4	Forslaget.....	89
11	Håndhevingsmidler	96
11.1	Gjeldende rett.....	96
11.2	Direktivet artikkel 12 og 13	97
11.3	Regelverket i Sverige og Danmark	99
11.4	Forslaget.....	100
11.4.1	Generelle utgangspunkter	100
11.4.2	Forbudsdom.....	101
11.4.3	Korrigerende og forebyggende tiltak	102
11.4.4	Bortfall av forbud og pålegg om tiltak	104
11.4.5	Fortsatt bruk mot vederlag	104
12	Vederlag og erstatning.....	104
12.1	Gjeldende rett.....	104
12.2	Direktivet artikkel 14	105
12.3	Regelverket i Sverige og Danmark	106
12.4	Forslaget.....	106
13	Publisering av informasjon om avgjørelser	109
13.1	Gjeldende rett.....	109
13.2	Direktivet artikkel 15	109
13.3	Regelverket i Sverige og Danmark	109
13.4	Forslaget.....	110
14	Straff.....	111
14.1	Gjeldende rett.....	111
14.2	Forslaget.....	112
15	Sanksjoner ved manglende etterlevelse av tiltak	116
15.1	Krav om sanksjoner ved manglende overholdelse av direktivet	116

15.2	Regelverket i Sverige og Danmark	116
15.3	Forslaget.....	117
16	Økonomiske og administrative konsekvenser	118
17	Merknader til de enkelte lovbestemmelsene.....	119
Forslag til lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven)		139

1 Hovedinnholdet i høringsnotatet

Høringsnotatet inneholder forslag til en ny lov om forretningshemmeligheter. Forslaget innebære en styrking av vernet for forretningshemmeligheter, og skal gjøre det enklere for innehaveren av hemmeligheten å håndheve sine rettigheter. Vern for forretningshemmeligheter er av stor betydning for næringsdrivendes konkurranseevne enten som et supplement, eller et alternativ til andre industrielle rettigheter. Ved å gi virksomheter et vern for resultatene av nyskaping og dermed mulighet for avkastning på investeringer i forskning og utvikling, legges det til rette for sunne konkurranseforhold og økt nyskaping.

Forslaget til ny lov skal gjennomføre direktiv (EU) 2016/943 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig ervervelse, bruk og videreformidling (forretningshemmelighetsdirektivet) i norsk rett. Direktivet ble vedtatt 8. juni 2016 og gjennomføringsfristen i EU var 9. juni 2018. Direktivet er ansett EØS-relevant. Det er forventet at EØS-komiteen vil fatte vedtak om innlemmelse av direktivet i EØS-avtalen rundt årsskiftet 2018/2019 og at Norge vil delta i beslutningen med forbehold om Stortinget samtykke, jf. EØS-avtalen artikkel 103.

Håndhevingsreglene i direktivet samsvarer på en rekke områder med reglene i direktiv 2004/48/EF om håndheving av immaterielle rettigheter (håndhevingsdirektivet). Håndhevingsdirektivet er ikke tatt inn i EØS-avtalen, men minimumskravene i direktivet ble i stor grad fulgt opp i lov 31. mai 2013 nr. 25 om endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene).

Bestemmelser til vern om forretningshemmeligheter finnes i dag i markedsføringsloven §§ 28 og 29, som forbyr utnyttelse av bedriftshemmeligheter og tekniske hjelpemidler. I tillegg rammer straffeloven §§ 207 og 208 henholdsvis krenkelse av forretningshemmeligheter og rettsstridig tilegnelse av forretningshemmeligheter. I forbindelse med forslaget om en egen lov om forretningshemmeligheter foreslås det at de nevnte bestemmelsene i markedsføringsloven og straffeloven oppheves.

Forslaget til ny lov om vern av forretningshemmeligheter inneholder en legaldefinisjon av begrepet forretningshemmeligheter. Definisjonen bygger på ordlyden i direktivet og innebærer at de ulike elementene gis et noe annet språklig uttrykk sammenlignet med gjeldende rett. Begrepet forretningshemmeligheter dekker fortrolige opplysninger om virksomhetens drifts- og forretningsforhold, knowhow og teknologiske opplysninger. Hvis opplysningene er lagret eller på annen måte fiksert i gjenstander eller tekniske hjelpemidler, vil disse dekkes av vernet etter loven. Det er derfor ikke grunn til å videreføre dagens parallelle regulering av tekniske hjelpemidler i markedsføringsloven § 29 og i straffeloven § 207 annet ledd.

Forslaget benytter begrepet inngrep som en fellesbegrep for urettmessige handlinger i strid med vernet for forretningshemmeligheter. I tråd med direktivets systematikk skiller forslaget mellom tre ulike inngreps handlinger – tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter. Forslaget innebærer hovedsakelig en endring i terminologi og lovteknisk utforming, men på enkelte punkter skjer det en begrenset utvidelse av hvilke handlinger som utgjør inngrep i en forretningshemmelighet, og som dermed er forbudt.

I tillegg innføres det mer detaljerte håndhevingsregler. Forslaget innebærer en klarere regulering av hvilke sanksjoner og tiltak som en innehaver av forretningshemmeligheter kan påberope seg ved et inngrep. Etter forslaget vil sentrale håndhevingsmidler fortsatt være dom om forbud mot eksisterende og fremtidige inngrep, tilkjennelse av vederlag og erstatning samt kjennelse om midlertidig forføyning og eventuelt ileggelse av straff. I tillegg vil domstolene kunne gi inngriperen pålegg om en rekke ulike tiltak som vil kunne avbøte virkningene av foretatte inngrep og vanskeliggjøre fremtidige inngrep. Eksempler på slike tiltak er pålegg om tilbakekall av varer fra handelen, endring av varer, ødeleggelse av varer eller av dokumenter og gjenstander som inneholder forretningshemmeligheten, utlevering av varer til innehaveren av forretningshemmeligheten og pålegg om bekostning av formidling av en fellende inngrepsdom. Forslaget inneholder også en særskilt foreldelsesfrist for forretningshemmeligheter som ikke bare gjelder krav på vederlag og erstatning for inngrep, men også omfatter de øvrige håndhevingsmidlene som innehaveren kan gjøre gjeldende.

Det foreslås også regler som styrker vernet for forretningshemmeligheter i forbindelse med rettslige prosesser.

2 Bakgrunnen for lovforslaget

2.1 Regelverket i Sverige og Danmark

Mens det på immaterialrettens område tidligere har vært utstrakt lovgivningssamarbeid mellom de nordiske landene med sikte på nordisk rettsenhet, har dette ikke vært tilfelle for regelverket for forretningshemmeligheter.

Sverige har siden 1990 hatt en egen lov om forretningshemmeligheter (lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter). De første reglene til vern om «yrkeshemligheter» kom ved lag (1919:446) med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens. Bestemmelsene ble uendret overført til lag (1931:152) med samme navn. I utredningen Otillbörlig konkurrens (SOU 1966:71) ble det foreslått en vesentlig utvidelse av vernet for «yrkeshemligheter». Forslagene ble ikke fulgt opp. I 1983 ble utredningen Företagshemligheter lagt frem (SOU 1983:52) hvor en ny lov om forretningshemmeligheter ble foreslått. Etter en omfattende og langvarig behandling i Riksdagen ble lag

(1990:409) om skydd för företagshemligheter vedtatt 30. mai 1990. Loven inneholdt regler om sanksjoner og håndhevingsmidler mot inngrep i forretningshemmeligheter som straff, erstatning, dom på forbud mot fortsatt inngrep samt pålegg om utlevering, endring eller ødeleggelse av gjenstander som inneholder forretningshemmeligheten. Loven regulerte også spørsmål om anskaffelse, utnyttelse og formidling av forretningshemmeligheter i forbindelse med varsling av kriminelle forhold og av forretningshemmeligheter tilegnet i god tro.

Sverige har gjennomført forretningshemmelighetsdirektivet i ny lovgivning. Lag (2018:558) om företagshemligheter trådte i kraft 1. juli 2018 og samtidig ble 1990-loven opphevet.

I Danmark var regler til vern for «erhvervshemmeligheder og tekniske tegninger m.v.» inntatt i markedsføringsloven § 23. En ny lov om markedsføring ble vedtatt i 2017 til avløsning for tidligere lov om markedsføring fra 2005. I forbindelse med denne lovrevisjonen ble vernet for «erhvervshemmeligheder» i all hovedsak videreført. Den danske markedsføringsloven fra 2017 avgrenset forretningshemmelighetsvernet mot kunnskap eller informasjon som kan anses som et uttrykk for alminnelig bransjeinnsikt eller generell ervervserfaring som kan forventes av en fagmann på området. Vernet for forretningshemmeligheter etter loven samsvarte på en rekke punkter med vernet etter markedsføringsloven §§ 28 og 29. Den danske markedsføringsloven § 23 første ledd forbød den som er i tjeneste-, samarbeids- eller oppdragsforhold til en næringsdrivende, å tilegne seg forretningshemmeligheten på «utilbørlig måte». Bestemmelsen annet ledd forbød samme persongruppe å «ubeføjet viderebringe eller benytte» en forretningshemmelighet som er rettmessig tilegnet. Forbudet gjaldt i tre år etter at tjenesteforholdet mv. opphørte. Tilsvarende regler gjaldt for tekniske tegninger mv. I tillegg var det forbudt for næringsdrivende å benytte opplysninger eller tegninger som er tilegnet i strid med andre deler av bestemmelsen.

Loven inneholdt ikke sanksjoner eller håndhevingsmidler som var utformet særskilt med sikte på vern om forretningshemmeligheter. I stedet inneholdt loven en opplisting over ulike håndhevingsmidler som kunne anvendes ved overtredelse av lovens ulike bestemmelser som dom om forbud, ødeleggelse eller tilbakekall av produkter, utsendelse av opplysninger eller rettelse av utsagn. Erstatning for inngrep kunne tilkjennes etter alminnelige erstatningsrettslige regler, mens det ved inngrep som verken er forsettlig eller uaktsomme, kunne fastsettes et rimelig vederlag for bruken av forretningshemmeligheten. I tillegg var industrispionasje dekket av straffelovens § 263 stk. 3 og kunne straffes med inntil 6 års fengsel.

Ved gjennomføringen av forretningshemmelighetsdirektivet ble det vedtatt en ny lov om forretningshemmeligheder (lov nr. 309 av 25. april 2018).

Innholdet i den svenske og danske gjennomføringslovgivningen vil bli nærmere omtalt i det følgende.

2.2 Reformbehov i EU

Kommisjonen fremmet 28. november 2013 forslag til et nytt direktiv om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig ervervelse, bruk og videregivelse, KOM (2013) 813 final. I to rapporter¹, samt en omfattende spørreundersøkelse initiert av Kommisjonen, ble det i 2012 og 2013 identifisert betydelige forskjeller mellom EU-landenes regulering av vernet om forretningshemmeligheter. I EU var det kun Sverige som hadde regulert vernet for forretningshemmeligheter gjennom en egen særlov. I de øvrige medlemslandene var vernet for forretningshemmeligheter i hovedsak regulert gjennom bestemmelser i konkurranseretten, arbeidsretten og strafferetten. Flere av medlemslandene hadde ikke lovfestede definisjoner av hva som utgjorde en forretningshemmelighet, og det ble også avdekket store innbyrdes forskjeller mellom medlemslandene både når det gjaldt vernets rekkevidde, tilgjengelige håndhevingsmidler og sanksjoner, og prinsipper for fastsettelse av vederlag og erstatning ved inngrep i forretningshemmeligheter.

Den manglende helhetlige reguleringen av forretningshemmelighetsvernet ble vurdert å ha flere negative effekter for det indre markedet. I bakgrunnen for forslaget viser Kommisjonen til følgende:

«Økonomerne er enige om, at virksomheder, uanset størrelse, tillægger forretningshemmeligheder mindst lige så stor værdi som alle andre former for IP.

Forretningshemmeligheder er særlig vigtige for små og mellemstore virksomheder (SMV) og opstartsvirksomheder, idet disse ofte mangler specialiserede menneskelige ressourcer og finansiell styrke til at forfølge, styre, håndhæve og forsvare IPR.

Selv om forretningshemmeligheder ikke er beskyttet som en klassisk IPR, er de dog et afgørende supplerende led i de nødvendige skridt til beskyttelse af intellektuelle aktiver, som er drivkraften i det 21. århundredes videnøkonomi.

Forretningshemmelighedshaveren har ikke eneret på de oplysninger, som forretningshemmeligheden omfatter. For at fremme en økonomisk effektiv og konkurrencedygtig proces er det dog berettiget at begrænse brugen af en forretningshemmelighed i tilfælde, hvor en tredjepart med uhæderlige midler har erhvervet relevant knowhow eller relevante oplysninger fra forretningshemmelighedshaveren mod dennes vilje. Vurderingen af, hvorvidt og i hvilket omfang sådanne begrænsninger er nødvendige, underkastes, fra sag til sag, domstolskontrol.

Det er ensbetydende med, at det står konkurrenter frit for, og at de bør opfordres til, at utvikle og bruke de samme, lignende eller alternative løsninger og således at

¹ Hogan Lovells rapport fra januar 2012 og Baker & McKenzies rapport fra april 2013.

konkurrere om innovation, men at det ikke er tilladt at snyde, stjele eller bedrage for at erhverve forretningshemmeligheter, som andre har skabt.

Samtidig med at udvikling og styring af viden og information har fået endnu større betydning for resultaterne i EU's økonomi, udsættes værdifuld fortrolig knowhow og information (forretningshemmeligheter) i stigende omfang (globalisering, outsourcing, længere forsyningskæder, øget brug af informations- og kommunikationsteknologi, osv.) for tyveri, spionage eller andre former for uretmæssig tilegnelse og brug. Der er også større risiko for, at stjålne forretningshemmeligheter bruges i tredjelande til at fremstille krænkende varer, som derefter konkurrerer inden for EU med de varer, som tilhører ofrene for uretmæssig tilegnelse og brug. Den gældende forskelligartede og opsplittede lovgivning om beskyttelse af forretningshemmeligheter mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse er dog til hinder for grænseoverskridende FoU og videregivelse af innovativ viden, fordi den gør det vanskeligt for europæiske virksomheder at svare igen på uhæderlige angreb på deres knowhow.

En bedre infrastruktur for IP er en af grundpillerne i "Innovation i EU", og i den forbindelse vedtog Kommissionen i maj 2011 en samlet IP-strategi og forpligtede sig til at undersøge beskyttelse af forretningshemmeligheter. Dette forslag er endnu et resultat af forpligtelsen til at skabe et indre marked for intellektuel ejendomsret.»

3 Lovens formål og saklige virkeområde

3.1 Direktivets formål og saklige virkeområde

Forretningshemmelighetsdirektivet artikel 1 angir direktivets formål og vigtige avgrensinger i direktivets virkeområde. Det følger av *artikkel 1 nr. 1* at direktivet gir regler til beskyttelse mot ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter. Direktivets bestemmelser er i utgangspunktet ikke til hinder for at norsk lovgivning opprettholder eller fastsetter mer vidtgående beskyttelse for forretningshemmeligheter, enn den som følger av direktivet. Artikkel 1 nr. 1 annet ledd gjør unntak fra dette utgangspunktet for bestemmelser i direktivet som beskytter andre parters interesser. Bestemmelsen viser til at følgende artikler må etterleves: artikkel 3, artikkel 5, artikkel 6, artikkel 7 nr. 1, artikkel 8, artikkel 9 nr. 1 annet ledd, artikkel 9 nr. 3 og nr. 4, artikkel 10 nr. 2, artikkel 11, 13 og artikkel 15 nr. 3. Dette er bestemmelser som enten angir handlinger som det ikke kan gripes inn mot etter direktivet, eller oppstiller prosessuelle garantier for den angivelige inngriperen. På disse områdene innebærer direktivet en totalharmonisering, og norske myndigheter kan ikke gi et bedre vern for innehavere av forretningshemmeligheter enn det som følger av direktivet.

I artikkel 1 nr. 2 avgrenses direktivets virkeområde med henvisning til fire områder direktivet ikke «berører», mens artikkel 1 nr. 3 viser til at direktivet ikke gir anledning til å begrense arbeidstageres mobilitet. Avgrensningene beskrives i nærmere detalj under.

Artikkel 1 nr. 2 bokstav a viser til at direktivet ikke berører utøvelse av ytrings- og informasjonsfrihet som nedfelt i EUs charter om grunnleggende rettigheter. Hensynet til mediefrihet og mediers pluralisme fremheves særskilt. De nevnte rettighetene er nedfelt i charteret artikkel 11. Direktivets fortale punkt 19 nevner i denne sammenheng særlig hensynet til undersøkende journalistikk og beskyttelse av journalistiske kilder. EUs charter om grunnleggende rettigheter er ikke en del av EØS-avtalen, og det er av den grunn foreslått en tilpasning i utkastet til EØS-komitébeslutning slik at henvisningen til charteret tas ut. Bestemmelsen vil da kun vise til utøvelse av retten til ytringsfrihet- og informasjonsfrihet generelt.

Etter artikkel 5 bokstav a skal en anmodning om tiltak etter direktivet avvises hvis den påståtte tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten har skjedd under utøvelse av ytrings- og informasjonsfrihet, jf. charteret artikkel 11. Forholdet mellom unntaksbestemmelsen i direktivet artikkel 5 og den generelle avgrensningen av direktivets virkeområde i artikkel 1 nr. 2, er uklart. Unntaket i artikkel 5 bokstav a stammer fra artikkel 4 nr. 2 i Kommisjonens opprinnelige direktivforslag, KOM/2013/813 endelig, mens artikkel 1 nr. 2 bokstav ble inntatt under Europaparlamentets behandling av forslaget. Kommisjonen har i møter om gjennomføringsarbeidet uttalt at formålet med begge bestemmelsene er å sikre at ytrings- og informasjonsretten ikke berøres av direktivet.

Det følger av artikkel 1 nr. 2 bokstav b at direktivet ikke berører anvendelsen av regler som pålegger en innehaver av en forretningshemmelighet opplysningsplikter, når dette er nødvendig for at offentlige myndigheter kan ivareta sine oppgaver. En innehaver av en forretningshemmelighet kan ikke påberope seg direktivet som grunnlag for å nekte å oppfylle en lovpålagt opplysningsplikt.

Direktivet berører heller ikke anvendelse av regler som enten pålegger offentlige myndigheter, eller gir offentlige myndigheter adgang til, å gi videre opplysninger de har, jf. artikkel 1 nr. 2 bokstav c. Tilsvarende gjelder for EU-organer og EU-institusjoner. I fortalen punkt 11 vises det i denne sammenheng særlig til innsynsregelverket for institusjonene i forordning (EF) nr. 1049/2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter, forordning 1367/2006 om anvendelse af Århuskonventionens bestemmelser om adgangen til opplysninger, offentlig deltagelse i beslutningsprosesser samt adgang til klage og domstolsprøvelse på miljøområdet på Fællesskabets institutioner og organer og direktiv 2003/4/EF om offentlig tilgang til miljøinformasjon. I utkastet til EØS-komitébeslutning er det foreslått en tilpasningstekst som klargjør at samme avgrensning vil gjelde for utveksling av informasjon i EFTA-pilaren.

Artikkel 1 nr. 2 bokstav d viser til at direktivet ikke berører uavhengigheten til partene i arbeidslivet og deres rett til å inngå kollektive avtaler innenfor rammene av EU-retten og nasjonal rett. Direktivets fortale punkt 12 presiserer at kollektive avtaler kan inneholde bestemmelser om at forretningshemmeligheter ikke skal spres, eller om at bruken av forretningshemmeligheter skal begrenses, samt bestemmelser om konsekvensene av at en part som er omfattet av en slik forpliktelse, ikke overholder denne. Ifølge fortalen kan en kollektiv avtale derimot ikke inneholde bestemmelser som setter til side unntaksbestemmelsen i direktivet artikkel 5. Artikkel 5 lister opp fire situasjoner hvor det ikke er adgang til å bruke direktivets håndhevingsmidler mot et inngrep i forretningshemmeligheten.

Det følger av direktivet *artikkel 1 nr. 3* at ingen deler av direktivet må fortolkes slik at det gir anledning til å begrense arbeidstakernes mobilitet. Tre forhold nevnes særskilt: Direktivet gir ikke anledning til å begrense arbeidstakeres bruk av opplysninger som ikke utgjør en forretningshemmelighet (bokstav a), å begrense arbeidstakeres bruk av erfaringer og kompetanse som er opparbeidet på normalt og ærlig vis i løpet av ansettelsesforholdet (bokstav b), eller å pålegge arbeidstagere flere begrensninger i ansettelseskontrakter enn begrensninger pålagt i overenstemmelse med nasjonal rett eller EU-retten (bokstav c). Avgrensningen må forstås slik at direktivet ikke hjemler tiltak som nevnt over, og at lovligheten av disse eventuelt må vurderes opp mot andre deler av EU-retten, særlig reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere. I fortalen punkt 13 vises det uttrykkelig til at direktivet ikke berører muligheten arbeidstakere og arbeidsgivere har til å inngå avtaler om ikke å konkurrere, såkalte konkurranseklausuler, innenfor rammene av gjeldende rett.

3.2 Forslagets avgrensninger og saklige virkeområde

I forslaget til ny lov om forretningshemmeligheter foreslås det ikke særskilte bestemmelser til gjennomføring av avgrensningene i direktivet artikkel 1 nr. 2 og nr. 3. Bestemmelsene lister opp forhold som ikke reguleres av direktivet. De samme avgrensningene gjelder for forslaget. Nedenfor knyttes enkelte kommentarer til de ulike avgrensningene i direktivet og lovens virkeområde.

Det følger av direktivet artikkel 1 nr. 2 bokstav a at direktivet ikke berører utøvelse av retten til ytrings- og informasjonsfrihet som fastsatt i EUs charter om grunnleggende rettigheter. I tråd med EØS-tilpasningen til bestemmelsen må henvisningen forstås slik at direktivets regler må anvendes innenfor rammene av det grunnleggende vernet for ytringsfrihet.

Ytringsfriheten er i norsk rett nedfelt i Grunnloven § 100 og menneskerettsloven § 2 nr. 1 og nr. 3, jf. EMK artikkel 10 og SP artikkel 19.

Ytringsfriheten etter disse grunnlagene er ikke absolutt og kan begrenses i lov for å ivareta legitime formål som er nødvendige i et demokratisk samfunn.

Direktivet inneholder bestemmelser som forbyr formidling av opplysninger som utgjør forretningshemmeligheter. I prinsippet vil en slik formidling være en ytring som kan dekkes av ytringsfriheten, både når formidlingen skjer muntlig og ved overlevering av dokumenter eller andre gjenstander. Direktivets forbud mot formidling og håndhevingstiltak innebærer derfor formelt sett en innskrenkning i retten til å ytre seg. Tilsvarende gjelder forbudet mot å motta slike opplysninger fra andre.

Begrensninger i ytringsfriheten kan oppstilles av hensyn til andre legitime interesser. Den innskrenkningen som følger av direktivet til beskyttelse av forretningshemmeligheter, kan begrunnes både i den enkelte næringsdrivendes kommersielle interesser, men også i samfunnets interesser i sunne konkurranseforhold. Slike betraktninger ligger også til grunn for dagens vern av forretningshemmeligheter.

Formidling av forretningshemmeligheter i strid med direktivet som er motivert av egen vinning, andre kommersielle interesser, eller i ren skadehensikt, vil som en klar hovedregel kunne begrenses uten at det kommer i konflikt med ytringsvernet. Tradisjonelt har derfor forholdet til ytringsfriheten i liten grad vært problematisert for denne typen formidlingsforbud. Samtidig innebærer avgrensningen i artikkel 1 nr. 2 bokstav a en anerkjennelse av at vernet for forretningshemmeligheter i visse tilfeller må vike for ytringsfriheten. Et praktisk tilfelle, som for øvrig reguleres særskilt i artikkel 5 bokstav b, er formidling av forretningshemmeligheter som ledd i en varslingssak om kritikkverdige forhold. Se nærmere om dette i punkt 5.4.3.

Ytringsfriheten er grunnlovsfestet, og det er derfor overflødig å innta en generell avgrensning innledningsvis i loven om at bestemmelser om formidlingsforbud og håndhevingstiltak bare kan anvendes innenfor rammene av det grunnlovsfestede vernet. Derimot inneholder inngrepsbestemmelsene i lovforslaget en generell rettsstridsreservasjon som også vil dekke de tilfellene der formidling av en forretningshemmelighet er en legitim utøvelse av retten til ytringsfrihet.

Direktivet artikkel 1 nr. 2 bokstav b og c viser til at direktivet ikke berører anvendelsen av EU-regler eller nasjonale regler som pålegger innehavere av forretningshemmeligheter en plikt til å gi opplysninger til offentlige myndigheter, eller regler om myndighetenes adgang til å gi slike opplysninger videre. Direktivet oppstiller ingen begrensninger for nasjonale regler med slikt innhold. Det følger videre av direktivet artikkel 3 nr. 2 at tilegnelse, bruk og formidling av en forretningshemmelighet i samsvar med nasjonal rett eller EU-retten ikke utgjør en ulovlig handling etter direktivet. Presiseringen i direktivet artikkel 1 nr. 2 bokstav b og c er kun ment

pedagogisk, og det er ikke behov for å innta en tilsvarende avgrensning i gjennomføringsloven.

Løsningen som er valgt på dette punkt, samsvarer med den danske og svenske gjennomføringslovgivning. Forslagene legger på samme måte til grunn at avgrensningene som følger av direktivet artikkel 1 nr. 2 og nr. 3, vil gjelde uten behov for gjennomføring i loven.

3.3 Forslagets geografiske virkeområde

Det foreslås at ny lov om forretningshemmeligheter også skal gjelde for Svalbard og Jan Mayen.

Etter Svalbardloven § 2 første ledd gjelder norsk privatrett og strafferett samt lovgivning om rettspleien for Svalbard med mindre annet er fastsatt. Utgangspunktet for denne typen lovgivning er at den gjelder på Svalbard, men mindre det gjøres uttrykkelig unntak. For «andre lovbestemmelser», som i praksis omtales som offentligrettslige regler, gjelder det motsatte utgangspunktet, slik at regelverket ikke gjelder på Svalbard med mindre dette fastsettes særskilt, jf. Svalbardloven § 2 annet ledd. Uttrykket «særskilt er fastsatt» er tolket slik at det kreves noenlunde klare holdepunkter i lovteksten eller lovens forarbeider. Jan Mayen er i likhet med Svalbard en del av riket, jf. lov 27. februar 1930 nr. 2 om Jan Mayen § 1. Systemet for norsk lovgivnings anvendelse der er det samme som for Svalbard, jf. loven § 2. Det innebærer at norsk strafferett, privatrett og lovgivning om rettspleien gjelder med mindre det er gjort unntak, mens anvendelsen av annen lovgivning krever særskilt fastsettelse.

Det følger av henvisningen til strafferetten i § 2 første ledd i henholdsvis Svalbardloven og lov om Jan Mayen at bestemmelsene om forretningshemmeligheter i straffeloven §§ 207 og 208 gjelder på Svalbard og Jan Mayen. Markedsføringsloven § 4 tredje ledd gir hjemmel til å fastsette om og i hvilken utstrekning loven skal gjelde for Svalbard og Jan Mayen. Det er ikke fastsatt slik forskrift i medhold av bestemmelsen. Det er nærliggende å forstå dette slik at forretningshemmeligheter i markedsføringsloven §§ 28 og 29, jf. §§ 48 og 48 b, dermed ikke gjelder på Svalbard eller Jan Mayen.

Vernet for forretningshemmeligheter etter markedsføringsloven kapittel 6 kan sies å ligge i skjæringspunktet mellom konkurranserett og regulering av immaterielle rettigheter. Immaterielle rettigheter vil være gjenstand for overdragelse og formuerettslige disposisjoner, og kan i prinsippet anses som privatrettslige rettigheter. Det tradisjonelle synspunktet synes imidlertid å være at verken konkurranseretten eller immaterialretten er dekket av utgangspunktet i Svalbardloven § 2 første ledd. Lovgivningen om industrielt rettsvern er gjort gjeldende for Svalbard i medhold av forskrift 1. juli 1926 nr. 8940 om at lover om patenter, varemerker og om mønster, alle fra 1910, gjøres gjeldende for Svalbard. Forholdet mellom lovgivningen om industrielt rettsvern og Svalbardloven er foreslått klargjort i Justis- og

beredskapsdepartementets høringsnotat fra juni 2017 om diverse endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern (ugyldighet som innsigelse i inngrepssaker, bevisbyrde i saker om inngrep i fremgangsmåtepatent mv.) punkt 8. Konkurranseloven ble gitt anvendelse på Svalbard ved forskrift 17. oktober 2008 nr. 1126. Det ble lagt til grunn at konkurranseretten var et område hvor det var ønskelig med samme type regulering på Svalbard som på fastlandet.

I tråd med utgangspunktene skissert over legges det til grunn at det ikke er klart at ny lov om vern av forretningshemmeligheter vil få anvendelse på Svalbard og Jan Mayen uten at dette fastsettes særskilt. Ettersom Svalbard og Jan Mayen er del av riket vil områdene omfattes av folkerettslige avtaler Norge inngår, med mindre det gjøres særskilte unntak. Slikt forbehold er ikke tatt ved Norges tilslutning til TRIPS-avtalen. Det taler for at forslaget gis anvendelse for Svalbard og Jan Mayen.

Etter EØS-avtalen er Norge derimot ikke forpliktet til å gi nasjonal lovgivning som gjennomfører forretningshemmelighetsdirektivet anvendelse på Svalbard, jf. EØS-avtalen protokoll 40. Reservasjonen som følger av EØS-avtalen, har sammenheng med de særlige forhold som følger av Norges forpliktelser etter Svalbardtraktaten og er ikke til hinder for at Norge kan gi lovgivning som gjennomfører EØS-regelverk, anvendelse på Svalbard.

Når det gjelder den nærmere vurderingen av hvorvidt forslaget bør gis anvendelse på Svalbard, vises det til redegjørelsen i Meld. St. 32 (2015–2016) Svalbard punkt 5.1. I stortingsmeldingen legges det til grunn at det rettslige rammeverket for Svalbard skal være mest mulig likt fastlandet, og at ny lovgivning for fastlandet som hovedregel skal gis anvendelse for Svalbard, med mindre særlige forhold taler mot dette, eller det er behov for unntak eller tilpasninger. Selv om næringsaktiviteten på Svalbard er mer begrenset enn på fastlandet, bør prinsipielt sett vernet for forretningshemmeligheter være likt.

4 Sentrale begreper i loven

4.1 Begrepet forretningshemmelighet

4.1.1 Gjeldende rett

Regler til vern av forretningshemmeligheter finnes i ulike deler av lovverket, og de har en side mot blant annet immaterialrett, konkurranserett, kontraktsrett og arbeidsrett. I motsetning til situasjonen i Sverige, er det i Norge ingen egen lov om beskyttelse av forretningshemmeligheter. De mest sentrale bestemmelsene om forretningshemmeligheter er forbudet mot rettsstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter i markedsføringsloven § 28, jf. § 48, og forbudet mot krenkelse av forretningshemmeligheter i straffeloven § 207. I tillegg kan rettsstridig utnyttelse av betrodde tekniske

hjelpemidler straffes etter markedsføringsloven § 29, jf. § 48. Bruk av kunnskap og opplysninger vil også kunne rammes av generalklausulen i markedsføringsloven § 25 om handlinger i strid med god forretningsskikk. Straffeloven § 208 rammer rettsstridig tilegnelse av forretningshemmeligheter og tekniske hjelpemidler. Se nærmere omtale av bestemmelsene under punkt 5.1.

Det eksisterer ingen legaldefinisjon av begrepet forretningshemmelighet (eller bedriftshemmelighet) i norsk rett. I lovgivningen benyttes noe varierende terminologi i ulike bestemmelser. Når det gjelder variasjon i selve begrepsbruken, synes den i hovedsak å være historisk begrunnet.

Markedsføringsloven § 28 forbyr rettsstridig utnyttelse av en «bedriftshemmelighet». Bestemmelsen viderefører § 7 i markedsføringsloven 1972. I forarbeidene til bestemmelsen omtales forholdet mellom begrepene forretnings- og driftshemmelighet, og det vises til at «[i] de senere år har uttrykket «bedriftshemmeligheter» vunnet innpass i som fellesbetegnelse på begge grupper», se innstilling fra Konkurranselovkomiteen fra 1966 punkt 9.2.

Straffeloven §§ 207 og 208 rammer på sin side henholdsvis krenkelse av «forretningshemmelighet» og rettsstridig tilegnelse av «forretningshemmelighet». I tilsvarende bestemmelser i straffeloven 1902 (nå opphevet) ble begrepet «Forretnings- eller Driftshemmelighed» benyttet i § 294 første ledd nr. 2, «forretnings- eller bedriftshemmelighet» i § 294 første ledd nr. 3 og «bedriftshemmelighet» i § 405 a. I forarbeidene til straffeloven §§ 207 og 208 vises det til at «[d]et er ingen skarp grense mellom begrepene forretningshemmelighet og driftshemmelighet. Tradisjonelt dekker forretningshemmeligheter økonomiske forhold som typisk driftsresultat, innkjøpsavtaler og markedsføringsplaner, mens driftshemmeligheter rammer de mer teknisk pregede forhold ved bedriften», se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) punkt 2.20.1. Departementet foreslo av den grunn at begrepet «forretningshemmeligheter» ble benyttet i stedet som en fellesbetegnelse på begge tilfellene, uten at det var ment å endre innholdet, se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) punkt 2.20.5. Forarbeidene viser til at samme betegnelse også benyttes i Sverige, Finland og Danmark.

I reglene om bevisfritak i *tvisteloven* § 22-10 brukes begrepet «forretnings- eller driftshemmelighet». Det følger av forarbeidene at bestemmelsen er en ren videreføring av rettstilstanden under tvistemålsloven § 209, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459. I forarbeidene til sistnevnte bestemmelse i Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 182 vises det i omtalen av uttrykket «forretnings eller driftshemmelighet» til det tilsvarende begrepet i straffeloven 1902 § 294 nr. 2. Samme begrep benyttes i reglene om bevisfritak i straffeprosessloven § 124.

Gjennomgangen over viser at forskjellene i begrepsbruk i ulike lovbestemmelser ikke er begrunnet i innholdsmessige forskjeller, og at begrepene «forretnings- og driftshemmelighet» i prosesslovgivningen,

«forretningshemmelighet» i straffeloven og «bedriftshemmelighet» i markedsføringsloven i hovedsak skal dekke samme kategorier av opplysninger.

Når det gjelder den nærmere avgrensningen av begrepet, eksisterer det som nevnt over ingen legaldefinisjon. I forarbeidene til markedsføringsloven 1972, Ot.prp. nr. 57 (1971–72) s. 24, vises det til beskrivelsen av begrepet «bedriftshemmelighet» som er inntatt i Konkurranselovkomiteens innstilling fra 1966 s. 48:

«Til bedriftshemmelighet kreves at det foreligger en viten som er spesifikk for vedkommende bedrift, og som er av betydning for dens virksomhet. Denne viten kan være materialisert f.eks. i særlige maskiner eller maskindeler, særlige kombinasjoner av maskiner, spesielle råstoffer, eller råstoffsammensetninger. Arbeidet med produktutvikling og prøver med nye varetyper kan være bedriftshemmeligheter. En teknisk foranstaltning kan være en patentbar oppfinnelse, som ønskes holdt hemmelig, men den kan etter omstendighetene også være vernet som bedriftshemmelighet selv om den ikke har den nødvendige oppfinnelseshøyde. På den kommersielle side kan driftsresultater og statistikker være hemmeligheter, likeså planer for markedsføring, tidspunktet for visse innsatser i reklame m.v., innkjøpskilder for råstoffer m.v.»

Sitatet viser at ulike typer av opplysninger kan utgjøre en bedriftshemmelighet, både opplysninger om tekniske og kommersielle sider av virksomheten. Det er ikke krav om at opplysningene er nedtegnet i et dokument. Sitatet viser at maskiner og andre innretninger er en måte hemmelighetene kan være fiksert på.

En bedriftshemmelighet forutsetter videre en «viten som er spesifikk for vedkommende bedrift». Kriteriet er ment å avgrense mot allmenn viten og omtales ofte som et krav om at opplysningene er foretaksspesifikke.

Konkurranselovkomiteens innstilling viser i tillegg til at «[d]e alminnelige kunnskaper og erfaringer som en arbeider eller funksjonær vinner under sitt arbeid, erfaringer av allmenn, fagmessig art, er ikke bedriftshemmeligheter».

Videre er det et krav om at bedriften må ha behandlet opplysningene som hemmelige og har søkt å beskytte hemmeligheten, jf.

Konkurranselovkomiteens innstilling:

«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. Ofte stilles det slike uttrykkelige krav om hemmelighold i ansettelseskontraktene, eller det settes oppslag i bedriften eller det etableres kontrollforanstaltninger i forbindelse med adgang til den eller dokumenter gis stempel om hemmelighold eller lignende. Når en reklamekampanje er bestemt til å startes på et bestemt tidspunkt kan det være en klar forutsetning at dette ikke skal røpes på forhånd.»

Uttalelsen viser at hemmeligheten kan beskyttes aktivt gjennom kontraktklausuler eller ved stempeling eller annen markering av dokumenter

mv., men også at det vil kunne være tilstrekkelig at det ut fra situasjonen følger en klar forutsetning om hemmelighold. Det grunnleggende er at virksomheten har behandlet opplysningene som interne, og at de er underlagt et visst nivå av beskyttelse.

I forarbeidene til *straffeloven*, Ot. prp. nr. 22 (2008–2009), beskrives begrepet forretningshemmelighet på følgende vis i spesialmerknadene til § 207:

«Hva som nærmere ligger i å utnytte en forretningshemmelighet på en rettsstridig måte, vil bero på en helhetsvurdering av det aktuelle tilfellet. To vilkår må imidlertid være oppfylt. Det må for det første gjelde et forhold som spesifikt angår vedkommende bedrift, og for det andre må informasjonen innad i bedriften være behandlet som en hemmelighet. I tillegg må den type informasjon som utgjør en forretningshemmelighet avgrenses fra informasjon som må kunne kalles allmenn viten og som ikke er beskyttet. Det er klart nok at en ansatt ikke kan kopiere over på en minnepinne eller lignende hele eller store deler av sin tidligere arbeidsgivers kunderegister, for å benytte seg av dette hos sin nye arbeidsgiver. Men det vil på den annen side ikke være straffbart å kontakte kunder man husker fra tidligere, og drive markedsføring overfor disse. Likedan er det ikke noe i veien for at erfaringer arbeidstakeren har med seg fra for eksempel utførte eksperimenter, bidrar til å hjelpe den nye arbeidsgiveren i den forstand at denne da unngår uhensiktsmessige forsøk på det samme.»

Høyesterett har lagt til grunn begrepet «forretnings- eller bedriftshemmeligheter» etter straffeloven 1902 § 294 første ledd nr. 3 på samme måte forutsetter at opplysningene er foretaksspesifikke, av betydning for bedriftens virksomhet og at det må oppstilles «visse krav til bedriftens forhold» for å ivareta hemmelighold, se Rt. 2007 s. 1841. Sistnevnte innebærer enten at det er «markert at det gjelder krav på hemmelighold», eller at det «ligger i selve situasjonen».

Begrepet forretningshemmeligheter har en side til såkalt knowhow. Avgrensningen mellom de to begrepene er uklar. I innstilling fra Konkurranselovkomiteen 1966 side 48 vises det til at

«kunnskaper og erfaring som er resultatet av forsøk på å beherske teknikken, kalles gjerne know-how, men begrepet benyttes også om større fremskritt (således oppfinnelser) og kan, brukt på denne måte, representere virkelige bedriftshemmeligheter. Det er, som antydnet ikke enighet om begrepets omfang. En oppfatning går således ut på at know-how må avgrenses «oppad» mot bedriftshemmeligheter, patenter, mønstre og andre særlige rettigheter, og «nedad» mot den alminnelige kommersielle tekniske viten.»

Vernet for tekniske hjelpemidler i straffeloven §§ 207 annet ledd og 208 og markedsføringsloven § 29 synes å bygge et på slikt skille. Sitatet over viser at knowhow ofte beskrives som prosesskunnskap, det vil si anvendt teknisk kunnskap om metoder og innsatsfaktorer som fører til et bestemt resultat. Slik kunnskap vil ofte være av mer generell art. Er kunnskapen mer kvalifisert og utviklet over tid av bedriften, vil det være mer nærliggende å si at kunnskapen utgjør en forretningshemmelighet. Avgrensningen mellom

begrepene er kommentert i enkelte avgjørelser, se Rt. 1964 s. 238, LG-2003-8617 og LG-2013-162132. Vernet etter straffeloven §§ 207 annet ledd og 208 og markedsføringsloven § 29 omtales nærmere i punkt 5.1.

Avslutningsvis nevnes også reglene om forvaltningens taushetsplikt i *forvaltningsloven § 13* første ledd nr. 2 som benytter uttrykket «tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold». Uttalelser i forarbeidene til bestemmelsen viser at «unntak fra offentlighet skal gjelde selv om opplysningene ikke er en drifts- eller forretningshemmelighet», se NUT 1958:3 s. 439, jf. Innstilling om offentlighetsprinsippet i forvaltningen (Offentlighetsutvalget) 1967 s. 92. For å dekkes av bestemmelsene må opplysningene være av «konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår». Den sentrale avgrensingen av taushetsplikten etter bestemmelsen ligger i vilkåret om at det må være av «konkurransemessig betydning» for virksomheten at opplysningene holdes hemmelige. Vilkåret vil ikke være oppfylt dersom opplysningen er alminnelig kjent eller tilgjengelig andre steder. Det følger også av forvaltningsloven § 13 a første ledd nr. 3. Videre må opplysningen være av en viss betydning, og den må være av en slik art at det er naturlig å regne med at vedkommende virksomhet anser den som en hemmelighet. At hemmelighold er av konkurransemessig betydning innebærer at det vil føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for virksomheten hvis opplysningene ble kjent, enten direkte eller ved at konkurrenter settes i stand til å utnytte dem.

4.1.2 TRIPS

TRIPS-avtalen (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) er en del av den nye GATT-avtalen (WTO-avtalen) som Norge ratifiserte 2. desember 1994. TRIPS-avtalen oppstiller minimumskrav til de kontraherende staters beskyttelse av immaterielle rettigheter. I St.prp. nr. 65 (1993–94) side 169 gis følgende beskrivelse av TRIPS-avtalen og dens betydning for norsk lovgivning:

«Som en kortfattet oppsummering kan en si at TRIPS-avtalen i det vesentlige stadfester den beskyttelse av immaterielle rettigheter som er alminnelig utbredt i de vestlige industriland. Det er derfor bare på enkelte punkter at avtalen krever endringer i norsk lovgivning.»

TRIPS-avtalen artikkel 39 inneholder krav til beskyttelse av fortrolige opplysninger og har følgende ordlyd:

«Artikkel 39

1. Når det skal sikres et effektivt vern mot illojal konkurranse i samsvar med bestemmelsene i artikkel 10a i Pariskonvensjonen (1967) skal medlemmene beskytte fortrolige opplysninger i samsvar med nr. 2 og de data som er forelagt staten eller de offentlige myndigheter i samsvar med nr. 3.

2. Fysiske og juridiske personer skal ha mulighet til å forhindre at opplysninger de rettmessig har kontroll over, uten deres samtykke bringes videre til eller erverves eller benyttes av andre på en måte som er i strid med god forretningsskikk, dersom

- opplysningene er hemmelige i den forstand at selve opplysningene eller den nøyaktige utformingen og sammenstillingen av de enkelte elementer ikke er alminnelig kjent eller lett tilgjengelig for personer i miljøer der den type opplysninger det dreier seg om, vanligvis blir benyttet, og

- opplysningene har forretningsmessig verdi fordi de er hemmelige, og

- den som rettmessig har kontroll over opplysningene, har truffet etter forholdene rimelige tiltak for at opplysningene skal forbli hemmelige.

3. Medlemmene skal når de som vilkår for å godkjenne markedsføring av legemidler eller landbrukskjemikalier som inneholder nye kjemiske enheter, krever at det legges fram fortrolige prøvingsdata eller andre data som er svært arbeidskrevende å fremskaffe, beskytte slike data mot illojal kommersiell utnyttning. Medlemmene skal også beskytte slike data mot offentliggjøring, unntatt når det er nødvendig for å verne allmennheten, og bortsett fra når det treffes tiltak for å sikre at slike data beskyttes mot illojal kommersiell utnyttning.»

Begrepet «i strid med god forretningsskikk» i artikkel 39 nr. 2 utdypes i en fotnote til bestemmelsen (fotnote nr. 10 til avtalen):

«I denne bestemmelse menes med «en måte som er i strid med god forretningsskikk» i alle fall handlemåter som kontraktsbrudd, misbruk av tillit samt oppfordring til dette, og omfatter tredjepersons erverv av fortrolige opplysninger når tredjepersonen visste, eller på grunn av grov uaktsomhet ikke visste, at ervervet innebar en slik handlemåte.»

De lovendringene som ble ansett nødvendig for å gjennomføre Norges forpliktelser etter TRIPS-avtalen, ble fremmet i Ot.prp. nr. 73 (1995–96) Om lov om endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m (TRIPS-avtalen). Når det gjelder beskyttelse av fortrolige opplysninger i avtalen artikkel 39, legges det i proposisjonen til grunn at det ikke er behov for lovendringer. Det vises til at kravet om beskyttelse av forretningshemmeligheter er oppfylt ved bl.a taushetspliktsreglene i forvaltningsloven og markedsføringslovens regler om bedriftshemmeligheter, se proposisjonen punkt 7.6.

4.1.3 Direktivets definisjon av forretningshemmeligheter

Begrepet forretningshemmeligheter er definert i direktivet *artikkel 2 nr. 1*. Definisjonen består av tre elementer og er nærmest identisk med definisjonen av «fortrolige opplysninger» i TRIPS-avtalen artikkel 39 nr. 2. Forretningshemmeligheter er etter direktivet opplysninger som er «hemmelige» og av den grunn har «kommersiell verdi». Det kreves videre at opplysningene er underkastet rimelige tiltak («foranstaltninger») for å sikre hemmelighold.

Utgangspunktet for definisjonen av forretningshemmeligheter er begrepet «opplysninger». Direktivet gir ingen utdypning av begrepet, og det er uklart om det kan utledes noen avgrensninger fra ordlyden. Det følger av fortalen punkt 14 at «[d]et er viktig at vedtage en ensartet definition af forretningshemmelighed uden at begrænse den genstand, som skal beskyttes». Samme sted vises det til at definisjonen av forretningshemmeligheter må være tilstrekkelig vid til å omfatte både knowhow, forretningsopplysninger og teknologiske opplysninger. I fortalen nevnes ulike eksempler på teknisk kunnskap, informasjon om kunder og leverandører, forretningsplaner, markedsundersøkelser og forretningsstrategi. Det avgjørende for om opplysninger dekkes av definisjonen er om det «foreligger en legitim interesse i hemmeligholdelse af dem og en berettiget forventning om, at de forbliver hemmeligholdt», jf. fortalen punkt 14. Bestemmelsen er teknologinøytral, og det er uten betydning på hvilket medium opplysningene er lagret eller på annen måte fiksert. Det følger klart av henvisningen i artikkel 4 nr. 2 til «gjenstander, materialer, stoffer eller elektroniske filer som inneholder hemmeligheten, eller som hemmeligheten *kan utledes fra*». En nedre grense må likevel trekkes mot opplysninger som ikke på rimelig vis kan identifiseres. Noen andre avgrensninger kan også oppstilles. Det kan være en smakssak hvorvidt disse knyttes til begrepet «opplysninger» eller de andre elementene i definisjonen. For det første omfattes ikke erfaringer og kompetanse som arbeidstakere normalt opparbeider seg i løpet av ansettelsesperioden, jf. artikkel 1 nr. 3 bokstav b. Tilsvarende viser fortalen til at definisjonen ikke dekker «ubetydelige opplysninger».

Det første vilkåret direktivet oppstiller for at opplysninger skal utgjøre en forretningshemmelighet, er at opplysningene må være hemmelige, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav a. Det følger uttrykkelig av selve begrepet forretningshemmeligheter at «hemmelighold» er kjernen i vernet. Opplysningen må ikke være alminnelig kjent eller umiddelbart tilgjengelig i sin helhet eller sammensetning for personer i de kretser som normalt «beskæftiger» seg med denne typen opplysninger. I alternativet «sammensetning» ligger at opplysningene ikke nødvendigvis behøver å være hemmelige hver for seg, men at sammenstillingen av opplysninger tilfører noe som ikke er lett tilgjengelig for andre. Et typisk eksempel vil være et kunderegister hvor hver enkelt oppføring ikke nødvendigvis er hemmelig, eller oppskrifter eller materialblandinger.

Kravene om at opplysningene ikke må være alminnelig kjent eller umiddelbart tilgjengelige, har også en side til kunnskap tilegnet ved omvendt konstruksjon. I henhold til direktivet artikkel 3 nr. 1 bokstav b er det i utgangspunktet en lovlig måte å tilegne seg opplysninger. For opplysninger som enkelt lar seg utlede ved omvendt utvikling av et offentlig tilgjengelig

produkt, kan det være like nærliggende å si at opplysningene ikke er hemmelige.

Definisjonen av forretningshemmeligheter krever i tillegg at opplysningene må ha en kommersiell verdi fordi de er hemmelige, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav b. Direktivets fortale punkt 14 viser til at både faktisk og potensiell kommersiell verdi dekkes. Som eksempel nevnes situasjonen der en uberettiget tilegnelse, bruk eller formidling vil kunne skade interessene til personen som lovlig kontrollerer opplysningene (innehaveren av forretningshemmeligheten), på en måte som undergraver vedkommende persons vitenskapelige og tekniske potensiale, forretningsmessige eller finansielle interesser, strategiske plasseringer eller evne til å konkurrere. Alternativet potensiell kommersiell verdi viser at det ikke er nødvendig at opplysningene benyttes på en måte som genererer inntekt, men at det er tilstrekkelig at de vurderes som verdifulle av kunder eller konkurrenter. Direktivet er utformet hovedsakelig med sikte på å beskytte forretningshemmeligheter virksomheten selv har utviklet for dermed å legge til rette for innovasjon og investeringer i nyskapning. Etter direktivet er det likevel ikke avgjørende hvem som er innehaver av forretningshemmeligheten så lenge vilkårene ellers er oppfylt. Fortalen punkt 1 fremhever at ikke-kommersielle forskningsinstitusjoner investerer i utvikling av informasjon som vil gi konkurransefordeler og derfor vil ha kommersiell verdi. Tilsvarende vises det i fortalen punkt 3 til at forretningshemmeligheter spiller en viktig rolle ved kunnskapsutveksling mellom forskningsinstitusjoner og virksomheter.

Det siste elementet i definisjonen av forretningshemmeligheter, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav c, er at innehaveren av forretningshemmeligheten har iverksatt rimelige tiltak for å sikre hemmelighold. Hva som er et rimelig tiltak, må vurderes konkret i lys av «de givne omstændigheder». Direktivet gir ingen nærmere veiledning til hva som ligger i dette, og noe formkrav oppstilles ikke. Når direktivets ordlyd viser til at opplysningene er «underkastet foranstaltninger», kan det synes å forutsette at innehaveren av forretningshemmeligheten aktivt har foretatt seg noe for å beskytte opplysningene. Definisjonen av forretningshemmeligheter etter direktivet bygger på TRIPS-avtalen artikkel 39 nr. 2. I juridisk litteratur om TRIPS-avtalen er det lagt til grunn at vilkåret om «rimelig tiltak» i utgangspunktet krever at enhver person som gis tilgang til opplysningene, skal ha plikt til å bevare taushet om disse. Samtidig vil det ved vurderingen av de tiltakene som er iverksatt i en konkret situasjon, være relevant å se hen til både kost/nytte-betraktninger og bransjepraksis.

Et tilsvarende forståelse av hvilke tiltak som kreves fra innehaveren av hemmeligheten, følger av definisjonen av inngrepshandlinger i artikkel 4. For personer som har tilegnet seg forretningshemmeligheten lovlig, vil det kun

foreligge ulovlig bruk eller formidling dersom personen misligholder en kontraktsrettslig forpliktelse eller annen rettslig plikt som begrenser adgang til bruk eller formidling, jf. artikkel 4 nr. 3 bokstav b og c.

4.1.4 Forslaget

Forslaget inneholder en legaldefinisjon av forretningshemmeligheter som bygger på direktivets ordlyd. Begrepet forretningshemmeligheter er helt sentralt for lovens anvendelse, og pedagogiske grunner tilsier at begrepet gis en klar definisjon i lovteksten. Det vises til lovforslaget § 2.

Direktivets definisjon av forretningshemmeligheter tilsvarer definisjonen av «fortrolige opplysninger» i TRIPS-avtalen artikkel 39 nr. 2. Departementet har tidligere lagt til grunn at «kravet om beskyttelse av forretningshemmeligheter i artikkel 39 nr. 1 og 2 er oppfylt ved bl.a. taushetspliktsreglene i forvaltningsloven og markedsføringslovens regler om bedriftshemmeligheter», se Ot.prp. nr. 73 (1995–1996) s. 10, hvor deler av departementets høringsnotat gjengis. Forslaget til legaldefinisjon vil i hovedsak gi samme avgrensning av begrepet som etter gjeldende rett, men de ulike elementene gis et noe annet språklig uttrykk enn det som følger av rettspraksis og juridisk teori.

Etter forslaget må opplysningene tilfredsstille tre grunnleggende krav; Stikkordsmessig kan de beskrives som at opplysningene må være hemmelige (bokstav a), de må ha en kommersiell verdi (bokstav b), og innehaveren må ha truffet rimelige tiltak for å sikre hemmelighold (bokstav c). Kravene gjennomgås enkeltvis under. Direktivet gir ingen nærmere beskrivelse av hva som dekkes av begrepet opplysninger. I forslaget legges det til grunn at begrepet i tråd med alminnelig språkbruk favner vidt og vil dekke gjenfinnbar informasjon uavhengig av hvordan denne er lagret. På samme måte som etter gjeldende rett vil begrepet dermed både omfatte ikke-nedtegnet viten hos en eller flere personer i virksomheten, samt informasjon som er nedtegnet på papir eller lagret elektronisk, tegninger, modeller, eller andre gjenstander som bygger på informasjon og som denne dermed kan utledes fra.

Det følger av selve begrepet «forretningshemmelighet» at opplysningene må være hemmelige. I forslaget § 2 bokstav a kreves det at opplysningene «er hemmelige i den forstand at de ikke som helhet eller slik de er satt sammen eller ordnet, er allment kjent eller lett tilgjengelig». Vernet for forretningshemmeligheter gir ingen enerett til opplysningene og forutsetter heller ikke at kunnskapen kun finnes i en enkelt virksomhet. Avgrensningen mot opplysninger som er allment kjent eller lett tilgjengelig, svarer til kravet om at opplysningene må være foretaksspesifikke i gjeldende rett. Uttrykket foretaksspesifikke opplysninger kan språklig sett synes å forutsette at opplysningene etter sitt innhold knytter seg til en konkret bedrift. Etter

forslaget fremkommer det tydeligere at det sentrale for vurderingen er hvilken spredning opplysningene har og hvor lett det vil være for andre å tilegne seg samme informasjon.

Også sammenstillinger kan utgjøre forretningshemmeligheter etter forslaget. Det vil si at opplysninger som ikke nødvendigvis er hemmelige hver for seg, likevel kan utgjøre en forretningshemmelighet ved måten de er satt sammen på eller ordnet. Et praktisk eksempel på dette kan være kunde- eller leverandørlistor, oppskrifter eller angivelse av styrkeforhold i materialblandinger etc. En slik forståelse av begrepet forretningshemmeligheter samsvarer med det som er lagt til grunn i rettspraksis knyttet til markedsføringsloven § 28.

Etter forslaget § 2 bokstav b kreves det at opplysningene har «kommersiell verdi fordi de er hemmelige». På dette punktet gir forslaget anvisning på en noe annen vurderingsnorm enn det som følger av gjeldende rett. Under gjeldende rett oppstilles det ofte et krav om at opplysningene er av betydning for virksomheten. I stedet for å vurdere opplysningenes betydning for innehaveren av opplysningene, vil det avgjørende etter forslaget være om opplysningene har kommersiell verdi i markedet. I praksis vil endringen ha liten betydning. Vurderingen av om det er av betydning for virksomheten at opplysningene hemmeligholdes, speiles normalt av en interesse i markedet for tilgang til samme opplysninger, se uttalelse i Rt. 2007 s. 1841.

Kravet om kommersiell verdi dekker både faktisk og potensiell kommersiell verdi, og det er ikke nødvendig at opplysningene benyttes, eller er tenkt benyttet, til å generere inntekt. Det er tilstrekkelig at de vurderes som verdifulle av konkurrenter eller kunder. Forslaget krever ikke at innehaveren av opplysningene er en næringsdrivende, og opplysninger hos for eksempel ikke-kommersielle forskningsinstitusjoner vil kunne dekkes.

Det siste elementet i definisjonen av forretningshemmeligheter er kravet om at innehaveren av opplysningene har iverksatt rimelige tiltak for å sikre hemmelighold. Hva som utgjør et rimelig tiltak, må vurderes konkret med utgangspunkt i hvordan driften i virksomheten er innrettet. Det oppstilles ingen formelle krav til fremgangsmåte, og tiltakene kan blant annet bestå i avtalerettslig regulering med arbeidstakere, tidligere arbeidstakere eller oppdragstakere, fysisk og teknisk tilgangskontroll, merking av dokumenter og gjenstander mv. Kravet innebærer at innehaveren av forretningshemmeligheten har et ansvar for å iverksette tilstrekkelige tiltak for å hindre spredning av opplysningene. Tiltakene skal underbygge innehaverens forventning om hemmelighold og bør derfor tydeliggjøre overfor personer som gis tilgang til forretningshemmeligheten, at dette er opplysninger bedriften ønsker å holde fortrolige. Kravet til tiltak har således en side til mottakerens gode tro og vurderingen av om tilegnelsen, bruken

eller formidlingen var urettmessig. Overfor virksomhetens egne ansatte vil behov for hemmelighold ofte være synliggjort ved interne rutiner knyttet til arbeid med forretningshemmeligheten, eller selve innretningen av arbeidet, enten ved ulike former for tilgangskontroll eller merking. For ansatte som jobber direkte med utvikling av forretningshemmeligheter, vil taushetsplikten kunne være regulert uttrykkelig i arbeidskontrakter. Tilsvarende vil det ofte være større grunn til avtalerettslig regulering av taushetsplikt når eksterne samarbeidspartnere eller oppdragstakere gis tilgang til hemmeligheten.

Kravet til rimelige tiltak i forslaget tar utgangspunkt i ordlyden i direktivet. Den danske direktivversjonen viser til at opplysningene skal være «underkastet rimelige foranstaltninger» («been subject to reasonable steps» i engelsk versjon, «vidtagit rimliga åtgärder» i svensk versjon, «Gegenstand [...]entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen» i tysk versjon). Ordlyden kan forstås slik at det oppstilles krav til aktivitet fra innehaveren. Det vil være normalsituasjonen. Samtidig gir ordlyden ikke grunnlag for å utelukke at det i konkrete tilfeller kan være tilstrekkelig at det følger en klar forutsetning om hemmelighold av selve situasjonen der det gis tilgang til opplysningene.

4.2 Inngrepshandlinger

4.2.1 Gjeldende rett

I dagens lovgivning er det ingen fast terminologi for å beskrive ulike handlinger i strid med vernet for forretningshemmeligheter. Det kan skilles mellom tre handlingstyper: Det å skaffe seg opplysningene, egen utnyttelse av opplysningene og det å gi opplysningene videre.

I paragrafoverskriften til straffeloven § 208 benyttes rettsstridig tilegnelse som samlebetegnelse på to ulike former å sette seg i besittelse av hemmeligheten, både at en person innehar faktisk kunnskap om innholdet i hemmeligheten, men også at personen råder over en gjenstand eller et dokument som hemmeligheten kan utledes fra. Straffeloven § 207 og markedsføringsloven §§ 28 og 29 bygger på at begge formene for tilegnelse kan danne grunnlag for urettmessig bruk og formidling av forretningshemmeligheten.

Det andre handlingstypen er bruk av forretningshemmeligheten og dekker ulike måter hemmeligheten nyttiggjøres.

I straffeloven § 207 første ledd bokstav a benyttes ordlyden: «gjør bruk av den, for eksempel ved å utnytte den i næringsvirksomhet som konkurrerer med bedriftens egen bruk av hemmeligheten». Straffeloven § 207 annet ledd rammer også den som «rettsstridig utnytter [...] i næringsvirksomhet»

tekniske hjelpemidler som er betrodd i anledning et oppdrag, tjenesteforhold mv. Tilsvarende handling rammes av markedsføringsloven §§ 28 og 29.

Forvaltningsloven § 13 tredje ledd viser til at taushetsplikten forvaltningens tjenestemenn har om næringsopplysninger også dekker det å «utnytte opplysninger [...] i egen virksomhet eller i tjeneste eller arbeid for andre».

Den tredje handlingskategorien er å gjøre hemmeligheten kjent for andre. I lovverket benyttes ulike begreper for å beskrive handlingen, og i noen sammenhenger vil formidling mot betaling dekkes av bestemmelser om utnyttelse av hemmeligheten. Straffeloven § 207 første ledd bokstav b rammer den som uberettiget «gjør [forretningshemmeligheten] kjent for en annen, med forsett om å sette noen i stand til å dra nytte av den». Reglene om bevisfritak i tvisteloven § 22-10 bruker uttrykket å «røpe en forretnings- eller driftshemmelighet». I straffeprosessloven benyttes om samme situasjon «åpenbare en forretnings- eller driftshemmelighet».

4.2.2 Direktivets begrepsbruk

Direktivet skiller mellom tre ulike handlingstyper. I den danske språkversjonen av direktivet brukes uttrykkene «erhvervelse, brug og videregivelse» om de ulike formene for ulovlige handlinger. I den svenske språkversjonen benyttes «anskaffas, utnyttjas och röjs», mens den engelske viser til «acquisition, use and disclosure». Skillet mellom de ulike handlingstypene har betydning for avgrensningen av inngrepshandlinger i direktivet artikkel 3 til 5 og anvendelsen av direktivets håndhevingsmidler. Direktivet har ingen definisjon av de ulike handlingstypene, men beskrivelsen av inngrepshandlinger i artikkel 4 gir veiledning om innholdet i begrepene.

4.2.3 Forslaget

I forslaget er begrepene tilegnelse, bruk og formidling valgt for å skille mellom de ulike inngrepshandlingene. Både tilegnelse og bruk er begreper som benyttes i lovverket i dag. Bruk er et mer nøytralt uttrykk enn begrepet utnytte og samsvarer med ordlyden i den danske språkversjonen av direktivet. Begrepet formidling benyttes i forslaget om den tredje formen for inngrep. Alternativer som «avsløre», «røpe» eller «åpenbare» er ikke ansett like egnet til en generell beskrivelse av handlingen. Uttrykket som benyttes i straffeloven § 207, «gjøre den kjent for en annen», er innholdsmessig dekkende, men begrepskonstruksjonene som både direktivet og forslaget bygger på, tilsier at en kortere uttrykksform velges.

Forslaget benytter uttrykket «inngrep i en forretningshemmelighet» som en fellesbetegnelse på de handlingene som etter direktivet er ulovlige, og dekker både handlinger i forslaget §§ 3 og 4. Slik terminologi er vanlig i annen immaterialrettslovgivning. Forretningshemmeligheter skiller seg fra de formene for rettighetsposisjoner hvor inngrepsterminologi tradisjonelt

benyttes ved at det ikke foreligger noen beskyttet enerett til utnyttelse av opplysningene. Forskjellene på dette punktet anses likevel ikke å være en avgjørende innvending mot å bruke «inngrep» som fellesbetegnelse i tilknytning til forretningshemmeligheter.

4.3 Øvrige definisjoner

4.3.1 Direktivets øvrige definisjoner

I direktivet artikkel 2 nr. 2 til 4 oppstilles tre ytterligere definisjoner. I artikkel 2 nr. 2 gis følgende definisjon av begrepet

«forretningshemmelighedshaver»: «enhver fysisk eller juridisk person, som lovligt kontrollerer en forretningshemmelighed». Definisjonen klargjør at både fysiske og juridiske personer kan inneha forretningshemmeligheter og dermed påberope seg vern etter direktivet. Definisjonen samsvarer med rettighetssubjektet etter TRIPS-avtalen artikkel 39 nr. 2, som gir vern for fysiske og juridiske personer som rettmessig kontrollerer fortrolige opplysninger.

Direktivet definerer i artikkel 2 nr. 3 uttrykket «krænkende part» som «enhver fysisk eller juridisk person, som ulovligt har erhvervet, brugt eller videregivet en forretningshemmelighed».

I artikkel 2 nr. 3 defineres begrepet «krænkende varer» som «varer, hvis udformning, karakteristika, funktion, produktionsproces eller markedsføring i væsentlig grad drager fordel af forretningshemmeligheder, som er ulovligt erhvervet, brugt eller videregivet». Etter definisjonen kan varer på flere ulike måter utgjøre et inngrep i en forretningshemmelighet. Direktivets fortale punkt 28 viser til at den urettmessige bruken av en forretningshemmelighet kan gjelde hele varen, eller også deler av varen. Av betydning for vurderingen av om varen i vesentlig grad drar fordel av forretningshemmeligheten, viser fortalen til tilfeller hvor forretningshemmeligheten har «betydelige konsekvenser for varens kvalitet, verdi eller pris som følge af den ulovlige brug eller for reduktion af omkostningerne til fremme eller til fremskyndelse af deres produktions- eller markedsføringsprocesser».

4.3.2 Forslaget

Forslaget inneholder i § 2 annet ledd en definisjon av begrepet «innehaver av en forretningshemmelighet». Begrepet samsvarer med den svenske språkversjonen av direktivet og er språklig sett å foretrekke fremfor begrepet «forretningshemmelighedshaver» som benyttes i den danske versjonen. Definisjonen i forslaget følger ordlyden i direktivet, med unntak av at uttrykket «lovligt kontrollerer» er erstattet med «rettmessig kontrollerer». Det har sammenheng med begrepsbruken ellers i forslaget. Se nærmere omtale i punkt 5.4.3.

Forslaget bruker ikke direktivets uttrykk «krænkende part». I tråd med begrepsbruken ellers i forslaget brukes uttrykket inngriper om den som gjør inngrep. Det er ikke behov for at begrepet uttrykkelig fremgår av en egen legaldefinisjon i forslaget.

Uttrykket «krænkende varer» benyttes heller ikke i forslaget. I stedet angir § 4 annet ledd når varer anses å gjøre inngrep i en forretningshemmelighet i tråd med definisjonen av «krænkende varer» i direktivet artikkel 2 nr. 4.

5 Vern av forretningshemmeligheter

5.1 Gjeldende rett

Det er i dag ingen egen lov om vern av forretningshemmeligheter. Bestemmelser som skal hindre spredning av forretningshemmeligheter, finnes i en rekke ulike lover. Hovedbestemmelsene er forbudene mot rettsstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter i markedsføringsloven § 28 og krenkelser av forretningshemmeligheter i straffeloven § 207. Straffeloven § 208 rammer i tillegg rettsstridig tilegnelse av forretningshemmeligheter. Utover vernet som følger av disse lovene, vil regler om forvaltningens taushetsplikt hindre spredning av opplysninger. Det samme gjelder regler i prosesslovgivningen om bevisfritak og lukkede dører. Reglene beskrives i nærmere detalj nedenfor.

Markedsføringsloven kapittel 6 inneholder regler til beskyttelse av næringsdrivendes interesser. Hovedbestemmelsene til vern om forretningshemmeligheter finnes i loven §§ 28 og 29, som forbyr rettsstridig utnyttelse av henholdsvis «bedriftshemmeligheter» og av betrodde tekniske hjelpemidler i næringsvirksomhet.

Markedsføringsloven § 28 viderefører markedsføringsloven 1972 § 7.

Bestemmelsens første ledd retter seg mot den som har fått kunnskap om eller rådighet over bedriftshemmeligheten gjennom tjeneste, tillitsvervs- eller forretningsforhold. Det vil typisk være ansatte i virksomheten som gjennom sine arbeidsoppgaver har fått kunnskap om bedriftshemmeligheten. Alternativet forretningsforhold vil dekke ulike kategorier av oppdragstakere bedriften engasjerer, mens alternativet tillitsvervsforhold særlig vil dekke styremedlemmer i virksomheten. Det kreves ikke at bedriften har ment å gi personene tilgang til opplysningene. Personer som gjennom slik tilknytning til virksomheten har fått kunnskap om bedriftshemmeligheten eller rådighet over dokument eller gjenstander bedriftshemmeligheten kan utledes fra, rammes av forbudet mot rettsstridig utnyttelse av hemmeligheten.

Begrepet «utnytte» vil dekke at informasjonen brukes i annen næringsvirksomhet, eksempelvis ved at bedriften nyttiggjør seg kunnskapen ved å endre egne interne prosesser. Samtidig vil det antagelig være

tilstrekkelig at informasjon inngår som et del av beslutningsgrunnlaget uten at det nødvendigvis treffes andre beslutninger enn det som ville vært tilfellet uten tilgang til opplysningen, jf. Rt. 2007 s. 1841, avsnitt 31 (SAS/Braathens). I forarbeidene til bestemmelsen vises det også til at begrepet utnytte omfatter at man «overdrar den mot betaling, d.v.s. benytter den som salgsobjekt», se Innstilling fra Konkurranselovkomitéen fra 1966 s. 53. Formidling eller offentliggjøring av en bedriftshemmelighet som ikke er kommersielt motivert, synes ikke å dekkes av uttrykket utnytte i næringsvirksomhet.

Det er kun «rettsstridig» utnyttelse av en forretningshemmelighet som rammes av markedsføringsloven § 28. Uttrykket omfatter både avtalestridig og lovstridig opptreden, jf. Ot.prp. nr. 57 (1971–72) s. 25. Det kreves derfor en konkret vurdering av omstendighetene rundt handlingen. Høyesterett beskrev vurderingsnormen slik i Rt. 1997 s. 199 (Cirrus-dommen):

«Hva som ligger i rettsstridsreservasjonen vil avhenge av en konkrete situasjonen. Dersom utnyttelsen har opptrådt subjektivt klanderverdig, vil det være nærliggende å si at det foreligger en rettsstridig utnyttelse.»

Utnyttelsen vil ikke være rettsstridig så langt det foreligger samtykke fra innehaveren av bedriftshemmeligheten.

Forbudet i markedsføringsloven § 28 rammer kun utnyttelse i næringsvirksomhet. Privat bruk av forretningshemmeligheten vil ikke dekkes av bestemmelsen. Kravet om at utnyttelsen må ha skjedd i næringsvirksomhet innebærer at en ansatt som tar med seg hemmeligheten til ansettelse i en ny virksomhet, ikke kan straffes som hovedovertreder etter markedsføringsloven § 28. Arbeidstakerens formidling og bruk av hemmeligheten vil derimot kunne være en krenkelse etter strl. § 207, jf. under. Hvis den tidligere ansatte tar med seg forretningshemmelighet for så å starte opp en egen bedrift, vil det foreligge en selvstendig utnyttelse i næringsvirksomhet etter markedsføringsloven § 28.

Markedsføringsloven § 28 annet ledd oppstiller et tilsvarende forbud mot rettsstridig utnyttelse for personer som har fått tilgang til bedriftshemmeligheten ved noens brudd på taushetsplikt eller annen rettsstridig handling. Ved sistnevnte alternativ oppstår det et spørsmål om det kreves at mottakeren på tidspunktet opplysningen kom vedkommende i hende, var i ond tro om det rettsstridige ved formidlingen av bedriftshemmeligheten. Spørsmålet behandles i forarbeidene til markedsføringsloven 1972 § 7 annet ledd, se Ot. prp. nr. 57 (1971–72) s. 25 til 26:

«[D]et [er] nemlig bare den rettsstridige utnyttelse av bedriftshemmeligheten som skal rammes, og det kan regelmessig ikke anses rettsstridig av noen å utnytte kunnskaper eller muligheter som er oppnådd i god tro, selv om den rette

sammenheng senere kommer opp. Spesielt gjelder dette såfremt gjerningsmannen har innrettet seg på grunnlag av kunnskapen og kanskje hatt betydelige utlegg før han fikk kjennskap til det rette forhold. Omstendighetene kan imidlertid gi et annet resultat og etter departementets oppfatning vil, som nevnt, ordet rettsstridig her kunne gi grunnlag for den rette avveining i det enkelte tilfelle.»

Det kan følgelig ikke utelukkes at en næringsdrivende som taper sin gode tro om opplysningenes opprinnelse, kan rammes av forbudet mot rettsstridig utnyttelse ved fortsatt bruk av hemmeligheten.

Markedsføringsloven § 29 forbyr rettsstridig utnyttelse i næringsvirksomhet av tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller lignende tekniske hjelpemidler som er betrodd i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller annet forretningsforhold, eller dersom rådighet over disse er oppnådd ved noens rettsstridige handlinger. Bestemmelsen viderefører markedsføringsloven 1972 § 8, som igjen etterfølger § 11 i lov 7. juli 1922 om utilbørlig konkurranse. I innstillingen fra Konkurranselovkomiteén 1966 side 56 ble det uttrykt tvil om det var tilstrekkelig grunnlag for å opprettholde bestemmelsen. Det ble vist til at konkurranseloven § 11 hadde spilt liten rolle i praksis. En del av de tilfellene som ble dekket av bestemmelsen, ville omfattes av forslaget til vern for bedriftshemmeligheter, og «de, antagelig nokså fåtallige, saker som eller vil dukke opp, måtte kunne behandles etter generalsklausulen [i forslaget § 1 – nå markedsføringsloven § 25]».

Avgrensingen mellom §§ 28 og 29 kan være uklar, og tekniske hjelpemidler som nevnt i § 29 vil kunne utgjøre en bedriftshemmeligheter etter § 28. I innstillingen fra Konkurranselovkomiteen fra 1966 på s. 57 ble bestemmelsen om tekniske tegninger beskrevet slik:

«Svært ofte vil det imidlertid dreie seg om hemmeligheter, og da vil forholdet dekkes av bestemmelsene i utkastets § 3. Selvstendig betydning får § 4 hovedsakelig hvor § 3 ikke kan anvendes, dvs. hvor det ikke foreligger en hemmelighet, men hvor det likevel er naturlig å kreve at man avholder seg fra utnyttelse. I praksis vil dette innebære at utkastets § 4 vil beskytte end del tilfeller av teknisk «know-how», nemlig de hvor dette er knyttet til tegninger, beskrivelser osv.»

Markedsføringsloven § 29 rammer utnyttelse av tekniske hjelpemiddel som er «betrodd» vedkommende. Innstillingen fra Konkurranselovkomiteen s. 57 legger i dette kravet at «tegninger etc. må være overlatt under den uttrykkelige eller stilltiende forutsetningen at den bare skal anvendes i dens interesse som har overlatt den, eller overensstemmende med det som er avtalt eller forutsatt mellom ham og mottakeren». Hvis noen har kommet i besittelse av de tekniske hjelpemidlene på annet vis, vil etterfølgende utnyttelse ikke dekkes av bestemmelsen, med mindre rådighet er oppnådd «gjennom noens rettsstridige handling», jf. § 29 annet ledd. Alternativet

«noens rettsstridige handling» vil både dekke tilfeller der hemmeligheten er tilegnet fra noen som utnytter den som salgsobjekt i strid med § 29, men også der rådighet over hemmeligheten følger av andre straffbare forhold. Det er ingen forutsetning for rettsstridig utnyttelse etter bestemmelsen at overtrederen fortsatt er i besittelse av de tekniske hjelpemidlene. Etterfølgende utnyttelse med utgangspunkt i kopier etc. av hjelpemidlene vil også rammes.

Markedsføringsloven § 29 rammer kun rettsstridig utnyttelse av tekniske hjelpemidler som er «betrodd» mottakeren. Bestemmelsen verner bare tekniske hjelpemidler som over overlatt en annen med en forutsetning om konfidensialitet. Det følger tilsvarende av uttrykket at utnyttelse av opplysninger utledet av tekniske hjelpemiddel, ikke dekkes av bestemmelsen dersom opplysningene er allment kjent.

Vesentlige overtredelser av markedsføringsloven §§ 28 og 29 straffes etter markedsføringsloven § 48 første ledd, jf. tredje ledd, med bøter eller fengsel inntil 6 måneder dersom ikke strengere straffebestemmelsen kommer til anvendelse. Straffeloven § 207 har en strammeramme på inntil 2 år, se omtale nedenfor. Straff kommer ikke til anvendelse ved overtredelse av markedsføringsloven § 28 når bedriftshemmeligheten er tilegnet i et tjeneste- eller tillitsvervsforhold, eller gjennom pliktstridig handling i et slikt forhold, og mer enn 2 år er gått siden forholdet opphørte, jf. § 28 sjette ledd. Videre inneholder markedsføringsloven § 48 b bestemmelser om vederlag og erstatning ved forsettlige og uaktsomme overtredelser av §§ 28 og 29. Bestemmelsen ble vedtatt som del av den generelle styrkingen av håndhevingsreglene ved lov 31. mai 2013 nr. 25. Innholdet i disse bestemmelsene beskrives nærmere i høringsnotatet under punkt 12.1.

Straffebestemmelsene i markedsføringsloven er delvis parallelle med straffebudene i straffeloven §§ 207 og 208. I Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning) s. 80 vises det til at markedsføringsloven 1972 § 7 «i stor grad [er] sammenfallende med straffelovens bestemmelser om forretningshemmeligheter og bør derfor innarbeides i straffeloven. Det er midlertidig ønskelig også å overføre markedsføringsloven § 8 til straffeloven.» Ved lov 19. juni 2009 nr. 74 om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning) ble det foreslått å oppheve markedsføringsloven 1972 §§ 7 og 8 med virkning fra ikraftsettingen av straffeloven, jf. endringsloven § 412 nr. 87.

Markedsføringsloven 1972 var på det tidspunktet allerede opphevet i sin helhet ved ikraftsettingen 1. juni 2009 av lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven). Det ble ikke gjort etterfølgende endringer i henvisningen i straffeloven § 412. Etter

ikraftsettingen av straffeloven §§ 207 og 208, jf. lov 19. juni 2015 nr. 65 om ikraftsetting av straffeloven (straffelovens ikraftsetningslov), reguleres forretningshemmeligheter både av bestemmelsene i straffeloven og markedsføringsloven.

Straffeloven § 207 rammer krenkelse av forretningshemmelighet. Bestemmelsens første ledd rammer to former for krenkelse: den som uberettiget gjør bruk av forretningshemmeligheten (bokstav a), og den som uberettiget gjør forretningshemmeligheten kjent for en annen (bokstav b). For begge alternativene kreves det at overtrederen har oppnådd kunnskap om eller rådighet over forretningshemmeligheten i anledning et oppdrag, tillitsverv, eierforhold, tjenesteforhold eller forretningsforhold. Alternativene oppdrag og eierforhold er adkomstformer som ikke nevnes i markedsføringsloven § 28. Oppdrag vil dekkes av begrepet forretningsforhold. En slik forståelse samsvarer med uttalelser i forarbeidene til markedsføringsloven 1972 § 7, hvor det vises til at «[e]t oppdrag vil alltid være et forretningsforhold», se Ot. prp. nr. 57 (1971–72) s. 25. Derimot er det mer uklart om begrepet forretningsforhold vil dekke eiere som ikke har tillitsverv i selskapet (passive eiere). Innstillingen fra Konkurranselovkomiteén 1966 som markedsføringsloven 1972 § 7 bygger på, ønsket å utvide personkretsen fra bare å gjelde ansatte og deleier, jf. virkeområdet til straffeloven 1902 § 294 nr. 2, til også å gjelde andre som arbeidet «i så nær tilknytning til virksomheten, at de som følge herav får kjennskap til bedriftshemmeligheter». I Ot.prp. nr. 57 (1971–72) gjøres enkelte språklige justeringer i forslaget fra komiteen, men alternativet eierforhold kommenteres ikke særskilt.

Straffeloven § 207 første ledd bokstav a rammer den som «uberettiget gjør bruk» av en forretningshemmelighet, for eksempel ved å utnytte den i næringsvirksomhet som konkurrerer med bedriftens egen bruk av hemmeligheten. I motsetning til markedsføringsloven § 28 er bestemmelsen ikke begrenset til å gjelde utnyttelse i næringsvirksomhet. Straffeloven § 207 første ledd bokstav b rammer den som uberettiget gjør forretningshemmeligheten kjent for en annen med forsett om å sette noen i stand til å dra nytte av den. Bestemmelsen vil ramme formidling av forretningshemmeligheten mot betaling eller annen fordel, men det er ikke et krav at gjerningspersonen selv får noen fordel av formidlingen.

Straffeloven § 207 annet ledd rammer den som rettsstridig utnytter tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller lignende tekniske hjelpemidler som vedkommende er betrodd i anledning et oppdrag, tillitsverv, eierforhold, tjenesteforhold eller forretningsforhold. Bestemmelsen rammer kun utnyttelse i næringsvirksomhet og er innholdsmessig sammenfallende med markedsføringsloven § 29 første ledd.

Samtidig er strafferammen på bot eller fengsel inntil 2 år høyere enn det som følger av markedsføringsloven §§ 29, jf. 48.

Straffeloven § 208 rammer rettsstridig tilegnelse av forretningshemmeligheter. Kravet til tilegnelse vil være oppfylt både når gjerningspersonen har oppnådd kunnskap om selve forretningshemmeligheten, men også når personen har satt seg i besittelse av et dokument eller en gjenstand som hemmeligheten kan utledes fra. Straffebudet rammer også den som rettsstridig har oppnådd kunnskap eller rådighet over tekniske hjelpemidler. Gjerningsbeskrivelsen omtales ofte som bedrifts- eller industrispionasje. Bestemmelsen rammer rettsstridig tilegnelse fra personer utenfor virksomheten, men kan også ramme tilegnelse fra bedriftens egne ansatte, eller andre personer tilknyttet virksomheten.

Det er den rettsstridige tilegnelsen som utgjør den straffbare handlingen etter straffeloven § 208. Bestemmelsen avløste straffeloven 1902 § 405 a, som rammet den som «på urimelig måte skaffer seg eller søker å skaffe seg kunnskap om eller rådighet over» en bedriftshemmelighet.

Straffelovkommisjonen uttaler i NOU 2002: 4 Ny straffelov Straffelovkommisjonens delutredning VII s. 323 at «kriteriet «på urimelig måte» i strl § 405 a, [...] etter kommisjonens oppfatning innebærer en for lav terskel for hva som er straffbart. En alternativ formulering kan være «grovt klanderverdig» eller liknende.»

I Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning) side 80 uttales det:

«Når det gjelder Straffelovkommisjonens forslag til endring av terskelen for hva som skal være straffbart etter bestemmelsen som erstatter § 405 a, kan det spørres om «grovt klanderverdig» gir en for høy terskel for straffansvar. Kommisjonen gir ingen nærmere begrunnelse for forslaget, men grensen for hva som rammes i dag er noe flytende. Hvilken terskel som skulle oppstilles for bruk av straff, ble også vurdert da bestemmelsen ble vedtatt. Departementet gikk den gang opprinnelig inn for å bruke «utilbørlig», jf. Ot.prp. nr.57 (1971–72) på side 23. Dette ble endret til «urimelig» under justiskomiteens behandling, jf. Innst.O. XIX (1971-72) på side 6. Hensikten var å ramme de subjektivt klanderverdige midlene, men et vilkår om «urimelig» ville innebære en strengere norm enn «utilbørlig». Departementet foreslår på denne bakgrunn å følge opp kommisjonens forslag om endring, men ved å bruke «utilbørlig» i den nye loven, noe som også vil være mer i samsvar med lovgivningen ellers i Norden. Dette vil også være i overensstemmelse med prinsippene for kriminalisering som er lagt til grunn for arbeidet med ny straffelov, slik at kriminaliseringen ikke skal gå lenger enn nødvendig.»

I spesialmerknadene til bestemmelsen og lovutkastet er uttrykket rettsstridig valgt i stedet for utilbørlig uten at dette kommenteres nærmere.

I tillegg til reglene i markedsføringsloven og straffeloven finnes det også i prosesslovgivningen viktige bestemmelser som gir vern mot spredning av forretningshemmeligheter. Det gis nedenfor en kortfattet oversikt over disse. Enkelte av prosessreglene beskrives i nærmere detalj under punkt 9.1 om bevaring av konfidensialitet under rettergang.

Etter reglene i *forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2* har enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, plikt til å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det vedkommende i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om «tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold». Taushetsplikten gjelder også etter at vedkommende har avsluttet tjenesten eller arbeidet, og opplysninger underlagt taushetsplikt kan ikke utnyttes i egen virksomhet eller i tjeneste eller arbeid for andre, jf. § 13 tredje ledd.

Opplysningene må være av «konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår». Vilkåret vil ikke være oppfylt dersom opplysningene er alminnelig kjent eller tilgjengelig andre steder. Det følger også av *forvaltningsloven § 13 a første ledd nr. 3*.

Etter *forvaltningsloven § 13 b* er reglene om taushetsplikt for «drifts- og forretningsforhold» ikke til hinder for at opplysninger i en sak gjøres kjent for sakens parter eller deres representanter. Det følger av § 13 b annet ledd første punktum at parten eller partsrepresentanten bare kan bruke opplysningene i den utstrekning det er nødvendig for å «vareta partens tarv i saken». Etter reglene om partsinnsyn i sakens dokumenter har parten likevel ikke krav på å få gjøre seg kjent med opplysninger som angår «tekniske innretninger, produksjonsmetoder, forretningsmessige analyser og beregninger og forretningshemmeligheter ellers», jf. § 19 første ledd bokstav b. Unntaket gjelder kun hvis opplysningene av en slik art at andre kan utnytte dem i sin egen næringsvirksomhet. Det ligger i formuleringen at opplysningene må kunne brukes på tilsvarende måte av andre, og at det ikke er tilstrekkelig at konkurrenter mer generelt kan ha nytte av opplysningene, se om tilsvarende formulering i *forvaltningsloven § 13* (nå endret) i Ot.prp. nr. 3 (1976–77) s. 15 flg. Unntaket fra partsinnsyn for forretningshemmeligheter er derfor snevrere enn det som følger av den generelle taushetsplikten etter *forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2*.

I tillegg til reglene om taushetsplikt i *forvaltningsloven* er det også regler som skal ivareta behovet for hemmelighold rundt forretningshemmeligheter i saker for domstolene. Dommere og andre i tjeneste eller arbeid for et dommerkontor har etter *domstoloven § 63a* en taushetsplikt som bygger på ordlyden i *forvaltningsloven § 13 første ledd*.

Etter *tvisteloven § 22-10* kan en part eller et vitne nekte å gi tilgang til bevis som ikke kan gjøres tilgjengelig uten å røpe en forretnings- eller driftshemmelighet. Retten kan likevel gi pålegg om at beviset skal gjøres tilgjengelig når den etter en avveining finner det påkrevd. Et slikt pålegg «må

være sterkt begrunnet, og det gjelder ikke minst når det er tale om å gi opplysningene til en konkurrent», jf. Rt. 2003 s. 1215. I så fall kan retten pålegge de tilstedeværende taushetsplikt og bestemme at muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører, jf. tvisteloven § 22-12.

Reglene om bevisforbud for opplysninger underlagt taushetsplikt i tvisteloven § 22-3, jf. forvaltningsloven § 13, innebærer at en person som arbeider eller utfører tjeneste for et forvaltningsorgan, i utgangpunktet ikke kan vitne om forretningshemmeligheter som vedkommende er kjent med gjennom sitt arbeid i forvaltningen. Departementet kan samtykke til bevisførsel, jf. bestemmelsens annet ledd. Retten kan ved kjennelse bestemme at beviset skal føres selv om samtykke er nektet, eller at beviset ikke skal mottas selv om departementet har samtykket, jf. tredje ledd.

Straffeprosessloven § 124 gir i hovedsak tilsvarende regler om bevisfritak som tvisteloven. Etter bestemmelsen kan et vitne nekte å svare på spørsmål når det ikke kan svare uten å åpenbare en forretnings- eller driftshemmelighet. Retten kan likevel pålegge vitnet å forklare seg når den etter en avveining av de stridende interesser finner det påkrevd. I så fall kan retten bestemme at forklaringen bare skal meddeles den selv og partene i rettsmøte for stengte dører og under pålegg om taushetsplikt. Etter straffeprosessloven § 118 må retten ikke uten samtykke fra departementet ta imot forklaring som vitnet ikke kan gi uten å krenke lovbestemt taushetsplikt som følge av tjeneste eller arbeid for stat eller kommune. Bestemmelsen vil dekke taushetsplikt om drifts- og forretningsforhold etter forvaltningsloven § 13. Etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning, kan retten ved kjennelse bestemme at vitneforklaring skal gis selv om samtykke er nektet, eller at vitneforklaring ikke skal mottas selv om departementet har samtykket.

5.2 Direktivet artikkel 3 til 5

Det generelle formålet med forretningshemmelighetsdirektivet er å gi regler til vern mot ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter. Direktivets kapittel III krever at en innehaver av forretningshemmelighet skal ha tilgang til ulike håndhevingsmidler for å forhindre inngrep, eller avbøte virkninger i etterkant av et inngrep. Hvilke handlinger som utgjør *ulovlig* tilegnelse, bruk og formidling etter direktivet, beskrives i artikkel 4. Bestemmelsen må leses i sammenheng med listen over lovlige handlinger i artikkel 3. I tillegg til avgrensningene som følger av denne bestemmelsen, gjør artikkel 5 unntak for bruk av håndhevingsmidlene etter direktivet i enkelte bestemte tilfeller. Bestemmelsen bygger på en forutsetning om at det foreligger et inngrep, men at dette ikke kan håndheves på grunn av formålet med inngrepshandlingen. Artikkel 3 til 5 gjennomgås enkeltvis under.

5.2.1 Lovlige handlinger

Artikkel 3 angir former for tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet som etter direktivet skal være lovlige handlinger. Bestemmelsens første ledd gjelder kun tilegnelse, mens sekkebestemmelsen i annet ledd gjelder alle inngrepsformer (tilegnelse, bruk og formidling). Medlemsstatene kan ikke ved sin nasjonale gjennomføring av direktivet styrke vernet for forretningshemmeligheter ved å innskrenke de formene for tilegnelse som direktivet definerer som lovlige, jf. artikkel 1 nr. 1 annet ledd.

Artikkel 3 nr. 1 beskriver fire former for lovlig tilegnelse av en forretningshemmelighet. Hvorvidt etterfølgende bruk eller formidling av hemmeligheten også er lovlig, må vurderes etter artikkel 4.

Det følger av artikkel 3 nr. 1 bokstav a at det er lovlig å tilegne seg en forretningshemmelighet ved *uavhengig oppdagelse eller skapelse*. Direktivets fortale punkt 16 viser til at den beskyttelse direktivet gir for forretningshemmeligheter, ikke skaper noen enerett til opplysningene. Den «samme» hemmeligheten kan derfor være utviklet eller oppdaget av flere aktører på selvstendig grunnlag uavhengig av hverandre.

Det følger videre av artikkel 3 nr. 1 bokstav b at det er lovlig å tilegne seg en forretningshemmelighet ved såkalt *omvendt utvikling (reverse engineering)*. Omvendt utvikling innebærer at forretningshemmeligheten utledes ved observasjon, undersøkelse, demontering eller testing av et produkt eller en gjenstand. Det er en forutsetning for at omvendt utvikling skal være en lovlig måte å tilegne seg forretningshemmeligheten på, at produktet eller gjenstanden som hemmeligheten utledes fra, enten er alminnelig tilgjengelig i markedet, eller at personen på annet lovlig vis er i besittelse av gjenstanden eller produktet. I det sistnevnte tilfellet kreves det i tillegg at personen ikke er underlagt en plikt til å avstå fra omvendt utvikling. I direktivets fortale punkt 16 vises det til at friheten til å inngå avtaler som forbyr omvendt utvikling, kan være begrenset ved lov. Direktivets fortale punkt 17 viser til at omvendt utvikling brukes innenfor enkelte industrisektorer med sikte på parasittkopiering og produksjon av slaviske etterligninger. Særlig gjelder det sektorer hvor innovasjon ikke kan beskyttes ved enerettigheter, og hvor vernet for forretningshemmeligheter tradisjonelt har vært viktig. Forutsatt at opplysningene er tilegnet lovlig, rammer ikke direktivet denne formen for påfølgende bruk. Fortalen viser til at Kommisjonen bør vurdere behov for tiltak mot denne formen for illojal konkurranse.

Omvendt utvikling av et lovlig anskaffet produkt innebærer ikke nødvendigvis at informasjonen blir allment kjent. På samme måte som ved uavhengig oppdagelse eller skapelse, kan to (eller flere) bedrifter inneha samme sett opplysninger som kvalifiserer til forretningshemmeligheter etter direktivets definisjon.

Direktivet artikkel 3 nr. 1 bokstav c slår fast at utøvelse av *arbeidstakeres eller arbeidstakerepresentanters rett til informasjon* og konsultasjon etter EU-retten og nasjonal rett og praksis, vil være en lovlig måte å tilegne seg forretningshemmeligheter på. Innholdet i bestemmelsen utdypes i direktivets fortale punkt 18 ved at det vises til at bestemmelsen særlig vedrører: «erhvervelse og videregivelse af forretningshemmeligheder i forbindelse med [...] kollektivt forsvar af arbeidstagere og arbeidsgiveres interesser, herunder medbestemmelse, samt erhvervelse eller videregivelse af en forretningshemmelighed i forbindelse med lovpliktig revision, der foretages i henhold til EU-retten eller national rett».

Artikkel 3 nr. 1 bokstav c henviser til arbeidstakeres rett til informasjon etter EU-retten. Arbeidstakeres rett til informasjon og medbestemmelse reguleres i en rekke direktiver, blant annet masseoppsigelsesdirektivet (direktiv 98/59/EF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelser), arbeidstakerdirektivet (direktiv 2002/14/EF om fastsettelse av en generell ramme for informasjon til og konsultasjon med arbeidstakere i Det europeiske fellesskap), direktiv 2001/23/EF om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter og direktiv 2009/38/EF om opprettelse av et europeisk samarbeidsutvalg eller en framgangsmåte i foretak som omfatter virksomhet i flere medlemsstater og i foretaksgrupper som omfatter foretak i flere medlemsstater, for å informere og konsultere arbeidstakere.

Fortalen punkt 18 understreker at selv om arbeidstakere lovlig kan få informasjon om forretningshemmeligheter for å ivareta retten til informasjon og konsultasjon, vil vedkommende kunne ha taushetsplikt som legger begrensninger på retten til bruk eller formidling av opplysningene. Bruk eller formidling av forretningshemmeligheter i strid med formålet bak arbeidstakerens tilgang til opplysningene, vil derfor kunne rammes av direktivet artikkel 4 nr. 3 bokstav b (formidling) og bokstav c (bruk).

Etter artikkel 3 nr. 1 bokstav d skal det være lovlig å få kunnskap om eller rådighet over forretningshemmeligheten ved enhver annen praksis som under de konkrete omstendighetene er i overensstemmelse med «*redelig erhvervspraksis*». Bestemmelsen speiler artikkel 4 nr. 2 bokstav b som viser til at tilegnelse «*i strid med redelig erhvervspraksis*» er en ulovlig handling.

I artikkel 3 nr. 2 vises det videre til at tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet er lovlig når EU-retten eller nasjonal rett krever eller tillater handlingen. Arbeidstakeres rett til informasjon og konsultasjon etter artikkel 3 nr. 1 bokstav c er således et konkret eksempel på regulering som dekkes av det mer generelle unntaket i artikkel 3 nr. 2. I motsetning til

tilfellene som nevnes i artikkel 3 nr. 1 bokstav a til d, viser artikkel 3 nr. 2 ikke bare til tilegnelse, men også bruk og formidling. Antagelig vil hoveddelen av de nasjonale bestemmelsene som dekkes av unntaket, omhandle ulike typer av opplysningsplikter.

5.2.2 Ulovlige handlinger - inngrepshandlinger

Direktivet artikkel 4 beskriver hvilke handlinger som utgjør ulovlige inngrep i forretningshemmeligheten. Bestemmelsen beskriver konkrete former for tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheten som innehaveren skal gis vern mot, og som må forbys i nasjonal rett ved gjennomføringen av direktivet. Bestemmelsen utgjør således kjernen i det materielle vernet for forretningshemmeligheter.

Artikkel 4 nr. 1 pålegger norske myndigheter å sikre at en innehaver av en forretningshemmelighet har rett til å påberope seg håndhevingsmidlene som følger av direktivet kapittel III, for å «forhindre eller opnå adgang til oprejsning for» ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten. Den nærmere beskrivelsen av ulovlige handlinger følger av artikkel 4 nr. 2 til nr. 5.

I artikkel 4 nr. 2 beskrives former for tilegnelse av forretningshemmeligheter som etter direktivet utgjør en «ulovlig handling». Bestemmelsen viser til at tilegnelse uten samtykke fra innehaveren av forretningshemmeligheten er en ulovlig handling når tilegnelsen er skjedd ved «uautoriseret» adgang til, tilegnelse av eller kopiering av dokumenter, gjenstander, materialer, stoffer eller elektroniske filer som lovlig kontrolleres av innehaveren av forretningshemmeligheten, og som inneholder en forretningshemmelighet, eller som en forretningshemmelighet kan utledes fra, jf. artikkel 4 nr. 2 bokstav a. Bestemmelsen viser tilsynelatende til tre ulike måter en forretningshemmelighet kan tilegnes på. I praksis vil tilegnelse kunne skje på en måte som dekkes av flere av handlingsalternativene, for eksempel uautorisert adgang til lokaler og deretter at inngriperen setter seg i besittelse av dokumenter som inneholder forretningshemmeligheten.

Alternativet *uautorisert adgang* til dokumenter og gjenstander mv. som inneholder forretningshemmeligheten eller som hemmeligheten kan utledes fra, dekker situasjonen der forretningshemmeligheten tilegnes av en person som ikke gjennom ansettelse eller oppdragsavtale har lovlig tilgang til hemmeligheten (eller bedriften), og vil særlig ramme tradisjonelle former for bedrifts- eller industrispionasje. Bestemmelsen vil både dekke at noen skaffer seg fysisk adgang til innehaverens lokaler e.l., men også situasjoner hvor tilgang til informasjon skjer digitalt. En tilegnelse som skjer bare ved overtredelse av dette alternativet, innebærer at inngriperen tilegner seg forretningshemmeligheten ved å oppnå kunnskap om dens innhold, uten

samtidig å sette seg i besittelse av et lagringsmedium e.l. som hemmeligheten kan utledes av.

Alternativet *uautorisert tilegnelse* av dokumenter og gjenstander mv. som inneholder hemmeligheten eller hemmeligheten kan utledes fra, vil kunne omfatte personer med lovlig adgang til dokumentet eller gjenstanden, men hvor inngrepshandlingen består i at personen tar materialet med seg. Alternativet synes å forutsette at personen ikke gjennom sitt arbeid eller oppdrag allerede kjenner forretningshemmeligheten, og at det er gjennom det materialet som personen tar med seg, at hemmeligheten tilegnes. De to første alternativene i artikkel 4 nr. 2 bokstav a trekker tilsynelatende et skille mellom på hvilket tidspunkt det første inngrepet skjer, og hvorvidt personen har lovlig tilgang til lokalene der forretningshemmeligheten oppbevares.

Det tredje alternativet i artikkel 4 nr. 2 bokstav a er *uautorisert kopiering* av dokumenter og gjenstander mv. som inneholder forretningshemmeligheten, eller som hemmeligheten kan utledes av. Lest i sammenheng med den innledende delen av bestemmelsen, vil uautorisert kopiering kun rammes dersom det er et middel for å tilegne seg hemmeligheten. Alternativet vil derfor ikke omfatte situasjonen hvor en arbeidstaker som allerede har kjennskap til hemmeligheten, kopierer papirer til bruk under utføring av arbeidsoppgaver. Det tilsvarende vil gjelde både der arbeidstakere og andre oppdragsgivere med kjennskap til hemmeligheten kopierer denne i strid med interne retningslinjer eller kontraktsfestede plikter. Samtidig vil en slik handling være av bevismessig betydning ved en etterfølgende sak om ulovlig bruk eller formidling, jf. artikkel 4 nr. 3 bokstav b og c.

I tillegg til de ulike former for ulovlig tilegnelse som nevnes i artikkel 4 nr. 2 bokstav a, vil enhver annen *tilegnelse i strid med god forretningsskikk* («redelig erhvervspraksis») rammes av bestemmelsen, jf. artikkel 4 nr. 2 bokstav b. Direktivet gir ingen nærmere veiledning til vurderingen av om adferden strider mot god forretningsskikk. I fortalen punkt 5 vises det til de felles internasjonale standarder for beskyttelse av forretningshemmeligheter som følger av TRIPS-avtalen. TRIPS-avtalen artikkel 39 nr. 2 lyder: «Fysiske og juridiske personer skal ha mulighet til å forhindre at opplysninger de rettmessig har kontroll over, uten deres samtykke bringes videre til eller erverves eller benyttes av andre på en måte som er i strid med god forretningsskikk [...]». I en forklarende fotnote til bestemmelsen vises det til at «[i] denne bestemmelse menes med «en måte som er i strid med god forretningsskikk» i alle fall handlemåter som kontraktsbrudd, misbruk av tillit samt oppfordring til dette, og omfatter tredjepersons erverv av fortrolige opplysninger når tredjepersonen visste, eller på grunn av grov uaktsomhet ikke visste, at ervervet innebar en slik handlemåte.»

I tråd med forklaringen over vil alternativet om tilegnelse i strid med god forretningsskikk ha selvstendig betydning for oppdragstagere som lovlig besitter et dokument eller en annen gjenstand som inneholder forretningshemmeligheten eller som forretningshemmeligheten kan utledes fra, men hvor tilegnelsen skjer i strid med kontraktsforpliktelser som gjelder for oppdragsforholdet.

Artikkel 4 nr. 3 beskriver ulike former for *bruk eller formidling* som etter direktivet utgjør ulovlige handlinger. På samme måte som under artikkel 4 nr. 2, er det et grunnvilkår at bruken eller formidlingen har skjedd uten samtykke fra innehaveren av forretningshemmeligheten. For det første viser bestemmelsen til at det er ulovlig å bruke eller formidle en forretningshemmelighet når denne er tilegnet i strid med artikkel 4 nr. 2. Er forretningshemmeligheten først tilegnet på ulovlig vis, vil overtreders etterfølgende handling også være ulovlig med mindre det foreligger et mellomliggende samtykke fra innehaveren til bruk eller formidling av forretningshemmeligheten.

Videre er det ulovlig å formidle en forretningshemmelighet i strid med en konfidensialitetsavtale, eller enhver annen plikt til ikke å gi forretningshemmeligheten videre, jf. artikkel 4 nr. 3 bokstav b. Det er også ulovlig å bruke en forretningshemmelighet i strid med en kontraktsrettslig plikt, eller enhver annen plikt til å begrense bruken av forretningshemmeligheten, jf. artikkel 4 nr. 3 bokstav c.

Etter artikkel 4 nr. 4 er tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet også en ulovlig handling hvis personen på tidspunktet for handlingen, visste eller under de konkrete omstendighetene burde ha visst, at forretningshemmeligheten var tilegnet direkte eller indirekte fra en annen person som brukte eller formidlet forretningshemmeligheten i strid med artikkel 4 nr. 3. Mens de ulovlige handlingene som beskrives i artikkel 4 nr. 2 og nr. 3 bygger på en objektiv vurdering, kreves det subjektiv kunnskap både om den opprinnelige tilegnelsen, men også til etterfølgende bruken og formidlingen i artikkel 4 nr. 4. En person som var i god tro på det tidspunktet vedkommende kom i besittelse av forretningshemmeligheten, kan likevel rammes av bestemmelsen dersom vedkommende ved etterfølgende kunnskap blir kjent med at hemmeligheten er tilegnet ved en annen persons ulovlige handling, eller det inntreffer andre forhold som gjør at vedkommende burde skjønnet at hemmeligheten var tilegnet ved en ulovlig handling. Taper mottakeren sin gode tro, vil etterfølgende bruk eller formidling utgjøre en selvstendig overtredelse etter direktivet. Fortalen punkt 29 viser til at overfor opprinnelig godtroende mottakere vil bruk av korrigerende tiltak eller påbud kunne påføre vedkommende uforholdsmessig stor skade. Direktivet åpner derfor opp for alternative sanksjoner ved slike overtredelser, jf. reglene om rett til

fortsatt bruk mot vederlag i artikkel 13 nr. 3. Se nærmere omtale av bestemmelsen under punkt 11.2.

Et foretak med kjennskap til en konkurrents forretningshemmeligheter vil kunne utnytte kunnskapen ved utforming, produksjon eller markedsføring av egne varer, og dermed skaffe seg konkurransefortrinn i markedet på bekostning av de kommersielle interessene til innehaveren av forretningshemmeligheten. Artikkel 4 nr. 5 beskriver ulike handlinger, knyttet til det direktivet kaller «krænkende varer», som utgjør ulovlig bruk av en forretningshemmelighet. Begrepet «krænkende varer» defineres i artikkel 2 nr. 4 som varer med en utforming, karakteristikk, funksjon, produksjonsprosess eller markedsføring som i vesentlig grad drar fordel av en forretningshemmelighet som er ulovlig tilegnet, brukt eller formidlet. Etter artikkel 4 nr. 5 er det ulovlig å produsere og markedsføre slike varer samt å tilby disse for salg. I tillegg er det ulovlig å innføre, utføre eller lagre «krænkende varer» med sikte på en av de nevnte handlingene. Etter bestemmelsen er det en forutsetning for å konstatere ulovlig bruk av forretningshemmeligheten at personen som foretar aktiviteten, visste eller burde ha visst at handlingene knyttet seg til «krænkende varer». Felles for de inngrepshandlingene som beskrives i artikkel 4 nr. 5, er at de knytter seg til varer som «i væsentlig grad drager fordel» av den ulovlige bruken av forretningshemmeligheten. Direktivets fortale punkt 28 synes å forutsette at en slik fordel foreligger når den ulovlige bruken av forretningshemmeligheten har betydelige konsekvenser for varens kvalitet, verdi eller pris, eller for kostnader til produksjon eller markedsføringen av produktet.

Direktivet gir ingen nærmere veiledning til hva som ligger i de ulike handlingsalternativene i artikkel 4 nr. 5. Når det gjelder alternativet innførsel av «krænkende varer», beskrives dette i fortalen punkt 28 med henvisning til samhandelens globale karakter og at det er nødvendig med et forbud mot import av krænkende varer «til Unionen». I begrunnelsen for harmonisering av regelverket i fortalen punkt 9 vises det også til at varer i dag importeres «til Unionen via indgangssteder med ringere beskyttelse». Omtalen her må forstås med utgangspunkt i at EU er en tollunion, jf. TFEU artikkel 28. Denne siden av EU-samarbeidet er ikke omfattet av EØS-avtalen. Under EØS-avtalen vil det være mer naturlig å forstå begrepet «import» slik at det også omfatte innførsel fra andre EØS-stater. Den nærmere avgrensningen synes likevel å ha liten praktisk betydning ettersom alternativet «lagring» omfatter flytting av varer med sikte på å tilby varene for salg i en annen EØS-stat.

Ut fra ordlyden i artikkel 4 nr. 5 og omtalen i fortalen til direktivet synes bestemmelsen å rette seg mot handlinger som har et kommersielt formål. Det er naturlig å forstå bestemmelsen slik at eksempelvis import av en «krænkende vare» til privat bruk ikke rammes.

5.2.3 Unntaksbestemmelse – handlinger som ikke kan håndheves

Direktivet artikkel 5 har overskriften «undtagelser» og lister opp fire tilfeller hvor en anmodning om sanksjoner og tiltak for påstått tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten skal «afvises» («dismissed» i engelsk språkversjon, «rejetée» på fransk, «abgelehnt» på tysk og «avslås» på svensk). Medlemsstatene skal etter bestemmelsen sikre at håndhevelsesmidlene i direktivet ikke kan anvendes når handlingen er utført for å ivareta bestemte formål. I motsetning til handlinger nevnt i artikkel 3, er ikke handlingene i artikkel 5 lovlige, men handlingene kan verken sanksjoneres eller møtes med andre håndhevingsmidler. I Kommisjonens opprinnelige direktivforslag, KOM 2013/0813 endelig, var artikkel 5-tilfellene inntatt i siste del av bestemmelsen om lovlig tilegnelse, bruk og formidling, jf. forslaget artikkel 4, men ble senere i lovgivningsprosessen flyttet ut i en egen bestemmelse om unntak. Den nærmere avgrensningen mellom bestemmelsene er uklar.

Generalklausulen i artikkel 3 nr. 2 innebærer at enhver tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet er lovlig når enten EU-retten eller nasjonal rett pålegger eller tillater handlingen. Henvisningen vil dekke handlinger som er beskyttet etter retten til ytringsfrihet etter EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 11, jf. artikkel 5 bokstav a. Tilsvarende vil hjemmelen i artikkel 3 nr. 2 dekke formidling til arbeidstakerrepresentanter innenfor rammene av EU-rett eller nasjonal rett, jf. artikkel 5 bokstav c. Sistnevnte bestemmelse vil således få anvendelse der nasjonal rett ikke tillater formidling av opplysningene, men slik formidling likevel er nødvendig for ivaretagelse av representantens lovpålagte oppgaver.

Artikkel 5 bokstav d viser til tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet som har til formål å beskytte en legitim interesse som er anerkjent i EU-retten eller nasjonal rett. Uttrykket «anerkjent» i EU-retten eller nasjonal rett sammenfaller ikke fullt ut med formuleringen «tillater» i artikkel 3 nr. 2, men bestemmelsene vil i hovedsak overlappe. På tilsvarende måte vil formidling av forretningshemmeligheter ved varsling om kritikkverdige forhold, jf. artikkel 5 bokstav b, kunne utgjøre en legitim utøvelse av ytringsfriheten og eventuelt delvis dekkes av andre nasjonale regler om varslingsvern, jf. artikkel 3 nr. 2. Direktivet gir ingen veiledning til fortolkningen av forholdet mellom de to bestemmelsene, og hvilke tilfeller artikkel 5 har til hensikt å fange opp. Nedenfor omtales artikkel 5 i nærmere detalj.

Artikkel 5 bokstav a viser til tilfellet der inngrepet har skjedd for å *utøve retten til ytrings- og informasjonsfrihet* fastsatt i EUs charter om grunnleggende rettigheter, herunder respekt for mediefrihet og medias pluralisme. EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 11 om ytringsfrihet og informasjonsfrihet har følgende ordlyd:

«1. Enhver har rett til ytringsfrihet. Retten skal omfatte frihet til å ha meninger og til å motta og meddele opplysninger og ideer uten innblanding fra offentlig myndighet og uten hensyn til grenser.

2. Medienes frihet og mediemangfoldet skal respekteres.»

I direktivets fortale punkt 19 vises det til at det er avgjørende at utøvelsen av ytringsfrihet og informasjonsfrihet ikke begrenses, særlig med hensyn til undersøkende journalistikk og beskyttelse av journalistiske kilder. I fortalen punkt 34 konstateres det videre at direktivet er i overensstemmelse med grunnleggende rettigheter og overholder ytrings- og informasjonsfriheten slik denne er nedfelt i charteret.

EUs charter om grunnleggende rettigheter er ikke en del av EØS-retten. I utkastet til EØS-komiteens beslutning er det derfor foreslått inntatt en tilpasningstekst til artikkel 5 slik at henvisningen til charteret tas ut av bestemmelsen. I EØS-tilpasset form vil bestemmelsen kun vise generelt til ytrings- og informasjonsfrihet og det nærmere innholdet i bestemmelsen må klarlegges med utgangspunkt i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10.

Forholdet til ytrings- og informasjonsfriheten er også regulert i direktivet artikkel 1 nr. 2 bokstav a. Den generelle avgrensningen av direktivets anvendelsesområde viser til at direktivet ikke berører «utøvelsen af retten til ytrings- og informationsfrihed som fastsat i chartret, herunder respekt for mediefrihed og mediernes pluralisme». Avgrensningene i artikkel 1 nr. 2 var ikke med i Kommisjonens opprinnelige direktivforslag (KOM/2013/0813 endelig), men kom inn under Europaparlamentets behandling av forslaget (P8_TA(2016)0131)

Artikkel 5 bokstav b viser til situasjonen der tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet har skjedd for å *avdekke forseelser, uregelmessigheter eller ulovlige aktiviteter*, og handlingen ble foretatt i den hensikt å beskytte den allmenne offentlige interessen. Bestemmelsen tar sikte på å verne varslere og dekker også varslings utenfor arbeidsforhold. Unntaket vil være mest praktisk for arbeidstakere eller andre som lovlig har fått kunnskap om opplysninger gjennom sitt virke, men hvor formidlingen skjer i strid med konfidensialitetsforpliktelser, jf. artikkel 4 nr. 3 bokstav b. Ordlyden dekker imidlertid også tilfeller hvor den opprinnelige tilegnelsen er ulovlig, jf. artikkel 4 nr. 2. For eksempel en ansatt i virksomheten som kopierer dokumenter med forretningshemmeligheter som beviser kritikkverdige forhold ved driften, og deretter formidler opplysningene videre. Ordlyden i bestemmelsen utelukker ikke at formidlingen kan dekkes selv om tilegnelsen ikke var motivert av de hensyn bestemmelsen oppstiller.

I fortalen punkt 20 vises det til at direktivet ikke bør begrense rapportering av uregelmessigheter. Vernet for forretningshemmeligheter bør derfor ikke omfatte tilfeller der formidling av forretningshemmeligheter er i offentlighetens interesse «for så vidt som direkte relevante, forseelser, uregelmessigheter eller ulovlige aktiviteter afdækkes». Fortalen viser til at ved den nasjonale gjennomføringen av direktivet, kan myndighetene la unntaket få anvendelse også i tilfeller der varsleren «havde enhver grunn til at være i god tro om, at vedkommendes adfærd opfyldte de relevante kriterier i dette direktivet».

Direktivet gir begrenset veiledning om hvordan yringsretten for varslere skal avveies mot vernet for forretningshemmeligheter. Det er samtidig klart at visse krav må oppstilles før vernet for forretningshemmeligheter settes til side etter artikkel 5 bokstav b. Følgende vilkår kan utledes; For det første må opplysningene avdekke et forhold av allmenn offentlig interesse. Begrepet vil særlig dekke forhold knyttet til offentlig sikkerhet, forbrukerbeskyttelse, folkehelse og miljøvern. Det kreves også at opplysningene må ha en viss presisjonsgrad for å dekkes av bestemmelsen. I tillegg må det i utgangspunktet innfortolkes et krav om at opplysningene er autentiske. Det følger indirekte av at fortalen åpner for at vernet kan utvides til varslere i aktsom god tro. Når det gjelder spørsmålet om hvilke kritikkverdige forhold i et foretak varslingsvernet omfatter, gir direktivet ingen ytterligere beskrivelse utover henvisning til kategoriene «forseelser, uregelmessigheter eller ulovlige aktiviteter». Samtidig kan det utledes en kvalitativ terskel av at varslingen skal ivareta en offentlig allmenn interesse, jf. over. Fortalen viser til at det kun er avsløring av forretningshemmeligheter som er direkte relevante for å avdekke kritikkverdige forhold som dekkes, jf. også ordlyden «erhvervelse, bruk eller videregivelse af forretningshemmeligheden [...] for at afdekke» i artikkel 5 bokstav b. Det innebærer at hvis avsløringen av forretningshemmeligheten ikke er direkte relevant for å belyse forholdet varslingen gjelder, vil unntaket ikke få anvendelse. Derimot oppstiller bestemmelsen ingen krav om at avsløringen av forretningshemmeligheten var nødvendig for å avdekke det kritikkverdige forholdet.

Vernet for varslere etter direktivet må leses i lys av retten til yringsfrihet i EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 11, jf. også varslingsvernet etter EMK artikkel 10.

Etter artikkel 5 bokstav c får direktivet ikke anvendelse ved *arbeidstakeres formidling* av forretningshemmeligheter til arbeidstakerepresentanter som ledd i sistnevntes rettmessige ivaretagelse av sine oppgaver etter EU-retten eller nasjonal rett. Det er en forutsetning for at bestemmelsen skal få anvendelse at formidlingen var nødvendig for å ivareta de aktuelle oppgavene. Bestemmelsen må ses i sammenheng med artikkel 3 nr. 1

bokstav c. Etter sistnevnte bestemmelse er *tilegnelse* av forretningshemmelighet en lovlig handling når den skjer under utøvelse av arbeidstakeres og arbeidstakerrepresentanters rett til informasjon og høring etter EU-retten eller nasjonal rett. Som nevnt over har artikkel 5 bokstav c også nær tilknytning til formidlingsformer som dekkes av artikkel 3 nr. 2.

Ordlyden i artikkel 5 bokstav c viser kun til arbeidstakerens formidling av forretningshemmeligheten til sin representant. Det er naturlig å forstå bestemmelsen slik at også mottakerens tilegnelse dekkes av unntaket. Mer uklart er hvordan arbeidstakerrepresentantens etterfølgende bruk skal vurderes. Ettersom artikkel 5 gjelder unntak for ulovlige handlinger som ellers rammes av artikkel 4, må det legges til grunn at arbeidstakeren har formidlet opplysninger som inneholder en forretningshemmelighet i strid med artikkel 4 nr. 3. Arbeidstakerrepresentantens etterfølgende bruk eller formidling vil derfor rammes av artikkel 4 nr. 4, med mindre andre bestemmelser får anvendelse. Det kan ikke utelukkes at slik bruk eller formidling er hjemlet i andre nasjonale lovbestemmelser, jf. artikkel 3 nr. 2. Ut fra sammenhengen i regelverket er det naturlig å forstå unntaket i artikkel 5 bokstav c slik at det også omfatter etterfølgende bruk eller formidling av opplysningene, innenfor de rammene som bestemmelsen oppstiller. Det innebærer at opplysningene bare kan benyttes i den utstrekning det er nødvendig til å ivareta lovpålagte oppgaver. Innledningen til artikkel 5, som viser til at anmodning om sanksjoner eller tiltak etter direktivet skal avvises hvis den påståtte tilegnelsen, bruken eller formidlingen «fandt sted i et af følgende tilfælde», gir også støtte til en slik fortolkning.

Det siste formålet som nevnes i artikkel 5, er tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet som har skjedd med sikte på å beskytte en *legitim interesse* som er anerkjent i EU-retten eller nasjonal rett.

Bestemmelsen har karakter av å være en sikkerhetsventil for tilfeller hvor vernet for forretningshemmeligheter bør vike, men som ikke fanges opp av andre bestemmelser i direktivet. Etter artikkel 3 nr. 2 er tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet lovlig når EU-retten eller nasjonal rett tillater eller påbyr handlingen. Det er uklart hvordan den nærmere avgrensningen av forholdet mellom denne bestemmelsen og beskyttelse av en legitim interesse som er *anerkjent* i EU-retten eller nasjonal rett, skal skje.

5.3 Regelverket i Sverige og Danmark

Den danske loven om forretningshemmeligheder kapittel 2 gjennomfører direktivet artikkel 3 til 5 i egne bestemmelser i tråd med strukturen i direktivet, se §§ 3 til 5. Ordlyden i bestemmelsene er også nærmest identisk med direktivteksten.

Gjennomføringen av artikkel 3 anses ikke å innebære en materiell endring av dansk rett. Forarbeidene til bestemmelsen viser til at det i dansk rett ikke

eksisterer bestemmelser som fastslår lovlige former for tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter.

Når det gjelder gjennomføringen av artikkel 4 legges det på tilsvarende måte til grunn at bestemmelsen i store trekk ikke vil innebære noen materiell endring fra hva som tidligere kvalifiserte til misbruk av forretningshemmeligheter, men at gjennomføringsbestemmelsen regelteknisk skiller seg fra tidligere regulering ved at bestemmelsen nå gir en konkret oppstilling av den forbudte adferden, istedenfor at forbudsnormen beskrives i generelle vendinger.

Den danske loven § 5 gjennomfører artikkel 5 bokstav a til c. Gjennomføringen av artikkel 5 bokstav a er kun begrunnet i pedagogiske hensyn og innebærer ingen endringer i det som allerede følger av dansk rett, jf. danske grundloven § 77, EMK artikkel 10 og EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 11. Derimot legges det til grunn at det ikke er behov for å gjennomføre artikkel 5 bokstav d om unntak for handlinger som har til formål å beskytte en legitim interesse som er anerkjent i EU-retten eller nasjonal rett. I bemerkninger til lovforslaget punkt 2.1.1 vises det til at vurderingen av om tilegnelsen, bruken eller formidlingen har skjedd for å beskytte en legitim interesse, vil omfattes av den rettslige vurderingen av om handlingen er lovlig eller ikke etter § 4, jf. artikkel 4. Problemstillingen illustreres med eksemplet hvor en arbeidstaker ønsker å håndheve bestemmelser i en arbeidskontrakt som gir rett til bonus for oppfinnelser, og arbeidstakeren i den forbindelse omtaler forretningshemmeligheten for sin advokat og for relevante rettsinstanser.

Den svenske lagen om företagshemligheter har valgt en tilnærming til gjennomføring av direktivet artikkel 3 til 5 som er vesensforskjellig fra den danske loven. Den svenske gjennomføringen følger i begrenset grad ordlyden i direktivet. Den følger heller ikke direktivets inndeling i lovlige, ulovlige og ikke-håndhevbare handlinger. Lovens § 3 definerer uttrykket «angrepp» på en forretningshemmelighet som en fellesbetegnelse på tilegnelse, bruk og formidling uten innehaverens samtykke. I § 3 nr. 1 klargjøres det at tilegnelse kan skje ved at noen «bereder sig tillgång till, tillägnar sig eller på något annat sätt anskaffar företagshemligheten». Fravær av samtykke fra innehaveren av forretningshemmeligheten er en grunnleggende forutsetning for at det foreligger et «angrepp» etter loven. Bestemmelsen viser videre til at bruk av en forretningshemmelighet, jf. § 3 første ledd nr. 2, også omfatter produksjon av varer som har en utforming, egenskap, funksjon, produksjonsmåte eller markedsføres på en måte som i vesentlig grad drar nytte («gynnas avsevärt») av en forretningshemmelighet. Tilsvarende gjelder det å tilby slike varer for salg, sette dem på markedet, innføre, utføre eller lagre varene med sikte på ett av de nevnte formålene. I proposisjonen punkt 7.1 beskrives nærmere hvilke handlinger som utgjør «angrepp på företagshemligheter» etter lovforslaget.

I § 4 første ledd begrenses lovens virkeområde til kun å gjelde «obehørige angrep». Den tekniske løsningen som er valgt her, samsvarer med virkeområdet i den tidligere lagen om skydd för företagshemligheter (1990:409) § 2 første ledd. Begrepet «obehøriga angrep» har karakter av å være en generalklausul og innebærer at vernet for forretningshemmeligheter i en konkret sak må veies opp mot andre interesser. I Prop. 2017/18:200 punkt 8 vises det til:

«Gennem kravet på obehørlighet dras en gräns upp mellan sådana förfaranden med företagshemligheter som på någon grund är godtagbara, eller behøriga, och sådana förfaranden som innehavaren av en företagshemlighet har ett berättigat anspråk på att skyddas från och som alltså är obehøriga.»

Bestemmelsen bygger på at de handlingene som etter artikkel 3 skal være lovlige former for tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet, ikke vil være «obehøriga angrep».

Forarbeidene til bestemmelsen legger videre til grunn at unntaksbestemmelsen i direktivet artikkel 5 ikke trenger særskilt gjennomføring. § 4 skiller ikke mellom «angrep» som kan håndheves og «angrep» som ikke kan håndheves, men synes å legge til grunn at artikkel 5-tilfellene vil falle utenfor begrepet «obehørige angrep», og dermed være lovlige. Det gjelder ikke for varslingsunntaket i artikkel 5 bokstav b, og gjennomføringen av denne bestemmelsen beskrives nærmere under.

Artikkel 5 bokstav a gjennomføres ikke med henvisning til at handlinger som er beskyttet av regler av høyere rang, slik som både charteret, EMK og regeringsformen, vil ha forrang som lex superior. Unntaket i artikkel 5 bokstav c om arbeidstakeres rett til rådføring med arbeidstakerrepresentanter gjennomføres heller ikke særskilt. Forarbeidene til den svenske loven legger til grunn at i en situasjon hvor en arbeidstaker røper en forretningshemmelighet til sin fagforeningsrepresentant for å kunne ivareta sine rettigheter i arbeidslivet, vil formidlingen anses som nødvendig for at representanten skal kunne ivareta sine oppgaver. I et slikt tilfelle vil det ikke foreligge en rettsstridig handling («obehørigt angrep») som rammes av loven. Hvorvidt arbeidstakerens formidling av forretningshemmeligheten var nødvendig, må vurderes konkret. Bestemmelsen følger således ikke direktivets skille mellom ulovlige handlinger og handlinger som ikke kan håndheves.

Forarbeidene til den svenske loven har en omfattende drøftelse av unntaket i artikkel 5 bokstav b for varsling av «forseelser, uregelmæssigheder eller ulovlige aktiviteter», se proposisjonen punkt 6.2 og 8. Unntaket gjennomføres i § 2 annet ledd og § 4 annet ledd. § 2 regulerer hva som utgjør en forretningshemmelighet. Etter bestemmelsen er definisjonen av begrepet uttrykkelig avgrenset mot «information om något som utgör ett brott eller annat allvarligt missförhållande». Slik informasjon utgjør ikke en forretningshemmelighet etter bestemmelsen og vil ikke ha vern etter

regelverket. I tillegg til denne avgrensningen av lovens virkeområde, følger det av § 4 annet ledd at det ikke utgjør en rettsstridig handling («obehørigt angrepp») at noen offentliggjør en forretningshemmelighet eller formidler den til myndighetene, når hemmeligheten enten avslører forhold som det er skjellig grunn til å tro («skäligen kan misstänkas») utgjør en handling som kan straffes med fengsel (nr. 1), eller avslører et annet kritikkverdig forhold og avsløringen skjer for å beskytte en allmenn interesse (nr. 2). Forskjellen mellom opplysninger som er unntatt etter de to bestemmelsene, er for det første alvoret i det kritikkverdige forholdet opplysningene avdekker. I tillegg bygger § 2 annet ledd på en objektiv vurdering av om opplysningene avslører et straffbart forhold eller annet alvorlig kritikkverdig forhold. I § 4 annet ledd nr. 1 kreves det kun at noen på bakgrunn av informasjonen «skäligen kan misstänkas» for en straffbar handling.

5.4 Forslaget

5.4.1 Innledning

Forslaget tar utgangspunkt i at bestemmelser til vern for forretningshemmeligheter samles i en ny lov om forretningshemmeligheter og at dagens regulering i markedsføringsloven og straffeloven oppheves. Markedsføringslovens regulering er noe mer begrenset enn straffelovens ved at det kun er utnyttelse som rammes, og kun i næringsvirksomhet. Bestemmelsene i de to lovene er samtidig delvis overlappende, og det er enkelte uklare avgrensninger mellom regelsettene som nå fjernes.

Opphevingen av markedsføringsloven §§ 28 og 29 forutsetter i tillegg enkelte tilpasninger i sanksjonsreglene i markedsføringsloven. Utover dette foreslås det ingen andre endringer i markedsføringsloven kapittel 6.

Generalklausulen i markedsføringsloven § 25, som forbyr handlinger i strid med god forretningsskikk, vil fortsatt gjelde parallelt med forslaget til lov om forretningshemmeligheter.

Et grunnleggende trekk ved beskyttelsen av forretningshemmeligheter, både etter direktivet og gjeldende rett, er at det ikke etableres noen enerett til bestemte opplysninger, men at det gis vern mot urettmessig spredning og utnyttelse av disse. En sentral forskjell mellom dagens lovgivning og direktivet er at de relevante direktivbestemmelsene, artikkel 3 til 5, har en mer kasuistisk utforming enn bestemmelsene i markedsføringsloven og straffeloven, hvor forbudsnormene bygger på en bredere vurdering av handlingens rettsstrid.

Det er krevende lovteknisk å omsette direktivbestemmelsene til lovtekst. Direktivet skiller mellom tre handlingstyper – tilegnelse, bruk og formidling – og angir konkret hvilke handlinger som er ulovlige innenfor hver kategori. Direktivet inneholder i tillegg en oppstilling av handlinger som skal anses lovlige, og lister i en egen unntaksbestemmelse opp tilfeller hvor

håndhevingsmidlene i direktivet ikke skal kunne anvendes. Bestemmelsene må ses i sammenheng, og handlingen vil først være ulovlig etter artikkel 4 når det er foretatt en konkret rettsstridsvurdering, jf. artikkel 3. Tilsvarende vil unntaket i artikkel 5 først få anvendelse for handlinger som er ulovlige etter artikkel 4.

Forslaget avviker på enkelte punkter fra hvordan direktivet er bygget opp. Det gjelder for det første ved at handlinger som etter artikkel 3 skal være lovlige, ikke gjennomføres uttrykkelig i lovteksten, se omtale under punkt 5.4.2. Det anses ikke nødvendig at lovteksten positivt angir tillatte handlinger. De avgrensningene som følger av artikkel 3, er i hovedsak inntatt av pedagogiske hensyn. Bestemmelsene om inngrep i forslaget §§ 3 og 4 er utformet slik at handlinger som direktivet definerer som lovlige, ikke rammes. Det vil følge av alminnelige tolkningsprinsipper at handlinger som ikke dekkes av lovens forbudsbestemmelser, er lovlige. Det samsvarer med tilnærmingen som er valgt i den svenske gjennomføringsloven.

En annen sentral forskjell fra direktivet er at forslaget kun skiller mellom handlinger som utgjør inngrep, og handlinger som ikke rammes av inngrepsdefinisjonen. Direktivet artikkel 5 oppstiller en tredje kategori med handlinger som ikke skal kunne håndheves. Etter bestemmelsen skal i disse tilfellene en anmodning om tiltak etter direktivet «afvises» (i den engelske språkversjonen benyttes uttrykket «dismissed», på tysk «abgelehnt wird» og på fransk «rejetée»). Formuleringen kan forstås slik at de prosessuelle vilkårene for realitetsbehandling av anmodningen ikke er oppfylt. Utover ordlyden i direktivbestemmelsen, er det ingen holdepunkter for at direktivet krever at forholdene behandles som en prosessforutsetning i den nasjonale gjennomføringslovgivningen.

I forarbeidene til den danske gjennomføringsloven, vises det i beskrivelsen av artikkel 5 til at bestemmelsen angir unntakstilfeller som ikke kan håndheves, og hvor en begjæring om håndhevingsmidler fra innehaveren av forretningshemmeligheten skal avvises, jf. bemerkninger til lovforslaget punkt 2.6.2. I omtalen av gjennomføringslovgivningen kommenteres det ikke hvorvidt domstolene skal behandle et artikkel 5-tilfelle som en materiell frifinnelsesgrunn eller avvisningsgrunn.

De svenske forarbeidene inneholder heller ingen problematisering av hvorvidt direktivet gir føringer på hvordan domstolen skal håndtere et artikkel 5-tilfelle. Forslaget legger til grunn at tilfellene som listes opp i artikkel 5, skal vurderes som en del av urettmessighetsvurderingen. Det vil dermed ikke foreligge et «obehørigt angrep» på en forretningshemmelighet i et artikkel 5-tilfelle, jf. omtale av de enkeltes situasjonene i proposisjonen punkt 8. Se også beskrivelse av den svenske gjennomføringen under punkt 5.3 over.

Samme tilnærming som i den svenske lovgivningen er lagt til grunn i forslaget her. Det innebærer at de tilfellene som dekkes av artikkel 5, ikke vil

utgjøre urettmessige handlinger etter forslaget § 3 og at saksøkte derfor vil frifinnes i saken. En slik løsning samsvarer med skillet i tradisjonell norsk prosessrett mellom prosessuelle vilkår for at saken tas til behandling, og rettens vurdering av innholdet i det materielle kravet. Vurderingstemaene i artikkel 4 og 5 har i tillegg rettslig og faktisk så nær sammenheng at det er vanskelig å se at prosessøkonomiske hensyn taler mot den foreslåtte løsningen. Løsningen samsvarer i tillegg best med vernet for forretningshemmeligheter under gjeldende rett.

I tråd med de strukturvalgene som er beskrevet over, foreslås direktivet artikkel 3 til 5 gjennomført i forslaget § 3 om inngrep i forretningshemmeligheter og forbudet i § 4 mot varer som utgjør inngrep.

Angivelsen av inngrepshandlinger i forslaget er i hovedsak en videreføring av handlinger som i dag rammes av henholdsvis markedsføringsloven §§ 28 og 29 og straffeloven §§ 207 og 208. Samtidig utvides vernet for innehaveren av forretningshemmeligheter på enkelte punkter. For det første vil tilegnelse ved en annens rettsstridige handling når mottakeren er i ond tro etter forslaget § 3 tredje ledd, bare delvis dekkes av straffeloven § 208.

Bestemmelsen rammer bare forsettlig tilfeller av rettsstridig tilegnelse, og dekker ikke situasjonen der mottakeren burde ha visst om mangler ved adkomsten. Etter gjeldende rett er det heller ingen bestemmelser som fanger opp bruk og formidling ved bortfall av god tro, jf. direktivet artikkel 4 nr. 4. Straffeloven § 208 rammer bare rettsstridig tilegnelse av forretningshemmelighet, og etterfølgende bruk og formidling utgjør ikke egne straffbare handlinger, men kommer i betraktning ved straffutmåling. Etter forslaget vil etterfølgende bruk og formidling utgjøre selvstendige inngrepshandlinger i tråd med direktivet artikkel 4 nr. 3 bokstav a og artikkel 4 nr. 4.

Som nevnt under punkt 4.2 introduseres også en terminologisk endring i forslaget, ved at de ulovlige handlingene med et fellesbegrep omtales som «inngrep» i forretningshemmeligheten. Begrepet har tidligere vært forbeholdt tradisjonelle immaterialrettigheter.

5.4.2 Lovlige handlinger – gjennomføring av direktivet artikkel 3

Direktivet artikkel 3 nr. 1 lister opp fire former for tilegnelse av forretningshemmeligheter som skal betraktes som lovlige handlinger. Dette er handlinger som etter en naturlig fortolkning av artikkel 4 klart faller utenfor bestemmelsen. Handlingene vil av samme grunn ikke utgjøre inngrep i forretningshemmeligheter etter forslaget § 3. Forholdet mellom lovlige handlinger etter direktivet artikkel 3 og inngrepshandlinger etter forslaget § 3 beskrives nærmere under.

Det følger av artikkel 3 nr. 1 bokstav a at det er lovlig å tilegne seg en forretningshemmelighet ved *uavhengig oppdagelse eller skapelse*. Vernet for forretningshemmeligheter skaper ingen enerett til opplysningene. Den

samme hemmeligheten kan derfor være utviklet av to eller flere bedrifter uavhengig av hverandre. I en slik situasjon vil det ikke være naturlig å si at den etterfølgende selvstendig utviklingen eller oppdagelsen utgjør en tilegnelse av en annen bedrifts hemmelighet. Situasjonen faller utenfor det som naturlig dekkes av begrepet tilegnelse i denne sammenheng og det er ikke funnet grunn til at lovteksten uttrykkelig skal presisere dette. En slik tilegnelse vil uansett ikke være en ulovlig tilegnelse etter artikkel 4. Den skjer ikke ved «uautorisert» befatning med en annen bedrifts hemmelighet, og den dekkes heller ikke av alternativet om annen adferd i strid med god forretningsskikk.

Etter artikkel 3 nr. 1 bokstav b er *omvendt utvikling* en lovlig handling. Omvendt utvikling innebærer at forretningshemmeligheten utledes ved nærmere undersøkelse av et produkt eller en gjenstand som personen lovlig besitter, for eksempel fordi produktet er alminnelig tilgjengelig i markedet. Hvis personen på annet vis er i lovlig besittelse av gjenstanden, er det i tillegg en forutsetning for at handlingen er lovlig at personen ikke er underlagt en plikt til å avstå fra omvendt utvikling. I motsetning til situasjonen over, vil omvendt utvikling kunne gi tilgang til en annen bedrifts forretningshemmelighet. Rent språklig vil det være dekkende å si at mottakeren tilegner seg en annens hemmelighet. Derimot vil de formene for ulovlig tilegnelse som nevnes i artikkel 4, ikke ramme omvendt utvikling etter artikkel 3 nr. 1 bokstav b. Når produktet eller gjenstanden lovlig besittes, vil ikke tilegnelsen rammes av alternativet «uautorisert adgang» mv. i artikkel 4 nr. 2 bokstav a. Hvis det ikke foreligger en rettslig plikt til å avstå fra omvendt utvikling, vil handlingen heller ikke anses å være i strid med god forretningsskikk, jf. artikkel 4 nr. 2 bokstav b. Dersom forretningshemmeligheten utledes ved omvendt utvikling av produkter eller gjenstander som besittes ulovlig, eller i strid med en plikt til å avstå fra slik undersøkelse av produktet, er den ikke lovlig etter artikkel 3 nr. 1 bokstav b. Slik tilegnelse vil kunne rammes av artikkel 4 nr. 2 eller nr. 4. Forslaget bygger på at artikkel 3 nr. 1 bokstav b ikke gir ytterligere avklaring til hvor grensene for ulovlig tilegnelse skal trekkes, og det er derfor ikke behov for å gjennomføre bestemmelsen i lovteksten.

Tilsvarende gjelder tilegnelse som nevnt i artikkel 3 nr. 1 bokstav c. Utøvelse av *arbeidstakeres og arbeidstakerepresentanters rett til informasjon og konsultasjon* i samsvar med nasjonal rett, herunder lovgivning til gjennomføring av EØS-forpliktelser, dekkes verken av alternativet i artikkel 4 nr. 2 bokstav a eller b og utgjør derfor ikke en ulovlig handling etter direktivet.

Etter artikkel 3 nr. 1 bokstav d vil *enhver annen praksis som etter de konkrete forholdene er i samsvar med god forretningsskikk*, være en lovlig handling. Bestemmelser speiler forbudet i artikkel 4 nr. 2 bokstav b. Etter sistnevnte bestemmelse vil en tilegnelse i strid med god forretningsskikk utgjøre en ulovlig handling. Handlinger som ikke dekkes av forbudene i artikkel 4, vil

være lovlige, og det er følgelig ikke behov å gjennomføre artikkel 3 nr. 1 bokstav d.

Artikkel 3 nr. 2 viser generelt til at tilegnelse, bruk eller formidling er lovlig når EU-retten eller nasjonal rett tillater eller oppstiller en plikt til å foreta handlingen. Henvisningen til EU-retten vil, når direktivet innlemmes i EØS-avtalen, måtte leses som en henvisning til EØS-retten. I tråd med de alminnelige kravene til nasjonal gjennomføring i EØS-avtalen artikkel 7, vil henvisningen i praksis forstås som nasjonalt regelverk som gjennomfører en EØS-forpliktelse.

Når forretningshemmeligheten er tilegnet, brukt eller formidlet i overenstemmelse med annen nasjonal lovgivning, vil handlingen være rettmessig, og handlingen vil derfor ikke utgjøre et inngrep etter forslaget § 3. Det er ikke behov for noen ytterligere gjennomføring av artikkel 3 nr. 2 utover det som følger av denne generelle rettsstridsreservasjonen.

5.4.3 Inngrep i forretningshemmeligheter

I forslaget er det lagt opp til at direktivet artikkel 4 og 5 gjennomføres i samme bestemmelse, se forslaget § 3. Forbudet mot varer som utgjør inngrep i forretningshemmeligheten er skilt ut i en egen bestemmelse, se omtale av forslaget § 4 nedenfor i punkt 5.4.5. Artikkel 4 nevnes ikke i oppstillingen over bestemmelser som ikke kan fravikes i artikkel 1 nr. 2. Derimot viser sistnevnte bestemmelse til at vernet i artikkel 3 og 5 ikke kan settes til side. Innenfor disse begrensningene er det adgang til å ha en strengere definisjon av inngrepshandlinger enn det som følger av direktivet. Forslaget legger ikke opp til det.

Et grunnvilkår for alle inngrepshandlingene etter forslaget er at den aktuelle tilegnelsen, bruken eller formidlingen anses urettmessig. Begrepet «urettmessig» anses mest dekkende for den aktuelle vurderingsnormen, jf. omtalen av ulike rettsstridsreservasjoner i Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. punkt 2.3.8.

Begrepet urettmessig skal, på samme måte som rettsstridsvurderingen etter gjeldende rett, vise til at handlingen kun er forbudt hvis den er i strid med annen lovgivning, privatrettslige avtaler, instruksjer eller andre normer på området. Handlinger foretatt med innehaverens samtykke vil dermed ikke rammes av bestemmelsen, jf. artikkel 4 nr. 2 og nr. 3. Tilsvarende gjelder handlinger som er tillatt eller påkrevet etter nasjonal rett, jf. direktivet artikkel 3 nr. 2. Vurderingen av om handlingen er urettmessig vil også ta inn i seg de tilfellene som nevnes i direktivet artikkel 5. Hvorvidt handlingen er foretatt for å ivareta et av formålene i artikkel 5 vil dermed inngå som del av den materielle inngrepsvurderingen. Systematikken her viser at vurderingen av handlingens urettmessighet kan være sammensatt, og avhenge av ulike rettslige grunnlag. For tilfellene nevnt i artikkel 5 bokstav c og d synes det avgjørende for vurderingen å være om handlingen er tilstrekkelig nært

knyttet til det rettslige grunnlaget som påberopes, til at vernet for forretningshemmeligheter skal begrenses. Det gjelder også for henvisningen til ytringsfriheten og retten til varsling i henholdsvis artikkel 5 bokstav a og b, men det kan være grunn til noen utdypende kommentarer her.

Artikkel 5 bokstav a viser til inngrepshandlinger som har skjedd ved utøvelse av retten til ytrings- og informasjonsfrihet som fastsatt i charteret, herunder respekt for mediefrihet og mediemangfold. Bestemmelsen er nærmere omtalt i høringsnotatet punkt 3.1 og 3.2. Som det fremgår der, er ytringsfriheten ikke absolutt, men kan begrenses i lov for å ivareta legitime formål som er nødvendige i et demokratisk samfunn. Etter Grunnloven § 100 annet ledd første punktum er det avgjørende for om en begrensning i ytringsfriheten kan aksepteres, at den «lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse». For å begrense «[f]rimodige ytringer om statsstyret og hvilken som helst annen gjenstand» – også omtalt som politiske ytringer – kreves at «særlig tungtveiende hensyn gjør det forsvarlig holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelser», jf. § 100 tredje ledd. Forbudet mot formidling av forretningshemmeligheter begrenser retten til å ytre seg om disse av hensyn til den enkelte næringsdrivendes kommersielle interesser, men også i samfunnets interesser i sunne konkurranseforhold. Slike betraktninger ligger også til grunn for dagens vern av forretningshemmeligheter.

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

Et praktisk tilfelle er formidling av forretningshemmeligheter som ledd i en varslingssak om kritikkverdige forhold. Det nevnes særskilt i artikkel 5 bokstav b. Bestemmelsen viser til handlinger som har skjedd for å avdekke unnlatelser, uregelmessigheter eller ulovlige forhold når varsleren har til formål å beskytte den allmenne offentlige interessen. Bestemmelsen har nær sammenheng med henvisningen foran til ytringsfriheten. Bakgrunnen for bestemmelsen er at samfunnet har en interesse i at kritikkverdige forhold avsløres, både i privat og offentlig sektor. Offentlige organer eller virksomheter utfører sitt samfunnsoppdrag med av bruk av fellesskapets midler. I det private næringsliv vil varsling om kritikkverdige forhold motvirke usunne konkurranseforhold og urettmessige konkurransefordeler.

Varslere har en viktig funksjon i å avdekke kritikkverdige forhold. Ikke minst gjelder det for arbeidstakere, som gjennom sine arbeidsoppgaver har en særskilt mulighet til å oppdage forhold i virksomheten.

Etter arbeidsmiljøloven § 2 A-1 gis ansatte en rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten, og de har et vern mot gjengjeldelse

ved varsling, jf. § 2 A-2. Ved endringene i arbeidsmiljøloven i 2017 ble vernet utvidet til også å omfatte innleide arbeidstakers rett til varsling om forhold i virksomheten til innleier, jf. lov 16. juni 2017 nr. 42 om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling og arbeidstid). I § 2 A-1 oppstilles det et krav om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig. Arbeidstaker har uansett rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling. Det samme gjelder varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter.

Etter gjeldende vern for forretningshemmeligheter i straffeloven § 207 og markedsføringsloven § 28, vil det ikke være rettsstridig for en arbeidstaker å røpe en forretningshemmelighet i samsvar med reglene arbeidsmiljøloven § 2 A-1. Utenfor arbeidsforhold må vurderingen av om varslingen er rettmessig skje med utgangspunkt i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Som nevnt over, vil forretningshemmeligheter være en interesse som kan det er adgang til å beskytte gjennom begrensninger i ytringsfriheten. Samtidig ligger det i rettsstridsreservasjonen i § 3 at det i en konkret varslingssak må det foretas en interesseavveining mellom skaden innehaveren av forretningshemmeligheten påføres ved spredningen av opplysningene, opp mot allmennhetens interesse i at forholdet avdekkes. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har i sin rettspraksis om varsling, jf. EMK artikkel 10, funnet at følgende kriterier er relevant: Informasjonen som avsløres skal være av allmenn interesse og autentisk, samt at spredningen av informasjonen skal være nødvendige utfra formålet med varslingen, se dom i sak nr. 14277/04, *Guja mot Moldova*. Kriteriene samsvarer med kravene etter artikkel 5 bokstav b.

I forslaget § 3 første ledd beskrives former for tilegnelse av en forretningshemmelighet som utgjør et inngrep etter loven. Forslaget § 3 annet ledd rammer inngrepshandlinger knyttet til bruk og formidling av en forretningshemmelighet, mens § 3 tredje ledd rammer inngrep hvor forretningshemmeligheten er tilegnet direkte eller indirekte fra noen som har brukt eller formidlet hemmeligheten urettmessig. De ulike delene av § 3 kommenteres enkeltvis nedenfor.

Forslaget § 3 første ledd forbyr *urettmessig tilegnelse av en forretningshemmelighet* og gjennomfører direktivet artikkel 4 nr. 2.

Bestemmelsen dekker handlinger som i dag rammes av straffeloven § 208 om rettsstridig tilegnelse av forretningshemmelighet, men har en mer detaljert beskrivelse av ulike måter tilegnelse kan skje på.

Bestemmelsen dekker to ulike måter inngriperen har fått tilgang til hemmeligheten. For det første rammes det «å oppnå kunnskap om» om hemmeligheten, for eksempel ved gjennomlesning av dokumenter, observering av gjenstander eller tegninger mv. Den andre formen for tilegnelse innebærer at overtrederen skaffer seg rådighet over forretningshemmeligheten ved å ta med seg dokumenter eller gjenstander

hemmeligheten kan utledes fra eller ved kopiering av disse. Etter dette alternativet vil det foreligge et inngrep uavhengig av om personen senere gjør seg kjent med innholdet i hemmeligheten, eller overlater den til andre. Skillet mellom de to formene for tilegnelse fremgår ikke uttrykkelig av direktivet. Henvisningen i artikkel 4 nr. 2 bokstav a til at inngriperen har satt seg i besittelse av dokumenter eller gjenstander som inneholder forretningshemmeligheten eller som hemmeligheten kan utledes fra, gir likevel klart uttrykk for at det vil foreligge en ulovlig tilegnelse av forretningshemmeligheten selv om inngriperen ikke har skaffet seg kunnskap om innholdet i forretningshemmeligheten. Tilsvarende skille følger også av straffeloven § 208, som rammer den som «rettsstridig har oppnådd kunnskap om eller rådighet over en forretningshemmelighet».

Forslaget viser kun til dokumenter og gjenstander, mens direktivet har en mer omfattende oppramsing som i tillegg inkluderer materialer, stoffer og elektroniske filer. Dokumentbegrepet i forslaget skal forstås vidt og er teknologinøytralt. Det er videre lagt til grunn at alternativene materialer og stoffer språklig sett dekkes av begrepet gjenstander. Begrepet gjenstander vil også dekke de tekniske hjelpemidlene som i dag listes opp i straffeloven § 208 («tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller lignende»).

Forslaget § 3 første ledd rammer fire handlingstyper som enten alene eller i kombinasjon vil innebære en tilegnelse i lovens forstand. For det første rammer bestemmelsen tilegnelse ved at inngriperen *urettmessig har skaffet seg adgang* til dokumenter eller gjenstander forretningshemmeligheten kan utledes fra. Alternativet rammer det som omtales som industrispionasje, eksempelvis ved at inngriperen fysisk bryter seg inn i lokaler hvor forretningshemmeligheten oppbevares. En praktisk viktig form for inngrep vil være tilegnelse av forretningshemmeligheten ved datainnbrudd («hacking»). Slike tilegnelseshandlinger vil kunne rammes av straffeloven §§ 321, jf. 322 om henholdsvis tyveri og grovt tyveri, og §§ 204 og 205 bokstav b om datainnbrudd og uberettiget tilgang til informasjon som overføres elektronisk.

Tilegnelse ved «urettmessig å skaffe seg adgang til» vil kun dekke personer som ikke har adgang til stedet der forretningshemmeligheten oppbevares på annet vis, for eksempel gjennom arbeidsoppgaver eller oppdragsavtaler. Formuleringen «skaffe seg adgang til» forutsetter en målrettet aktivitet fra inngriperen og uttrykket vil ikke dekke personer som rent tilfeldig kommer over en forretningshemmelighet, jf. Rt. 2003 s. 825. I saken hadde de tiltalte aktivt tilrettelagt for å motta feilsendte e-poster, og kunnskapen ble av den grunn ansett å være skaffet til veie på en urimelig måte.

Tilegnelse etter dette alternativet alene innebærer at overtrederen tilegner seg hemmeligheten ved observasjon av modeller, maskiner eller andre gjenstander eller ved lesing av dokumenter, og overtredelsen skjer uten at

verken originale versjoner eller kopier av dokumenter eller gjenstander fjernes fra stedet.

Ofte vil tilegnelse etter dette alternativet skje i kombinasjon med at personen tar med seg dokumenter eller gjenstander som inneholder hemmeligheten.

Forslaget § 3 første ledd rammer videre at personen *urettmessig tar med seg* dokumenter eller gjenstander som forretningshemmeligheten kan utledes fra. Alternativet vil omfatte situasjonen der personen har lovlig tilgang til lokalene der dokumenter eller gjenstander er, og hvor det rettsstridige ligger i at vedkommende tar disse med seg. Det er ikke et krav at overtrederen selv skaffer seg kunnskap om forretningshemmeligheten, så lenge vedkommende har tatt med seg dokumenter eller gjenstander som hemmeligheten kan utledes fra. Alternativet innebærer at innehaveren av forretningshemmeligheten fratas rådighet eller tilgang til forretningshemmeligheten, enten delvis eller fullstendig. Det kan enten være at opplysningene er fiksert flere steder, og inngriperen kun tar med seg ett av lagringsmediene, eller at inngriperens handling innebærer at innehaveren fullstendig fratas tilgangen til opplysningene.

Nært beslektet med forrige alternativ er at forretningshemmeligheten tilegnes ved at dokumenter eller gjenstander *urettmessig kopieres*. Kopiering av dokumenter eller gjenstander forretningshemmeligheten kan utledes fra, fratar ikke innehaveren av hemmeligheten tilgang til opplysningene. På samme måte som ved fjerning av originale dokumenter og gjenstander, vil kopieringen legge til rette for etterfølgende rettsstridig bruk og formidling av hemmeligheten. Ved at opplysningene fjernes fra innehaveren vil det foreligge en risiko for ytterligere spredning av hemmeligheten som kan fører til at opplysningene blir allment kjent og dermed mister vern som forretningshemmeligheter.

Et særlig spørsmål som oppstår ved de sistnevnte formene for tilegnelse, er hvilken betydning det har at personen som tar med seg eller kopierer dokumenter og gjenstander, fra før av har kunnskap om forretningshemmeligheten. Ordlyden i direktivet artikkel 4 nr. 2 viser til at «forretningshemmeligheden erhverves ved [...] uautorisert adgang til, tilegnelse af, eller kopiering af» dokumenter eller gjenstander mv. Språklig sett kan det argumenteres med at en person som alt kjenner til hemmeligheten, ikke kan sies å tilegne («erhverve») seg denne på ny gjennom handlingen. Samtidig vil det utgjøre en ytterligere risiko for spredning at arbeidstakeren ikke bare har faktisk kunnskap om forretningshemmeligheten, men også innehar en gjenstand eller et dokument som hemmeligheten kan utledes fra. Sondringen synes hovedsakelig å ha betydning for om aktiviteten skal behandles som en tilegnelseshandling, eller vurderes etter alternativet urettmessig bruk, jf. § 3 annet ledd.

I forarbeidene til den svenske gjennomføringsloven legges det til grunn at en arbeidstager som jobber direkte med forretningshemmeligheten, kan

rammes av tilegnelsesalternativet dersom vedkommende tar med seg enten originaldokumenter eller –gjenstander, eller kopier av disse. Det vises til at selv om arbeidstakeren har lovlig tilgang til dokumentet, skjer det et inngrep når arbeidstakeren «gör dokumentet till sitt», jf. Prop. 2017/18: 200 punkt 7.1. På samme sted vises det til eksempelet med en arbeidstaker som med arbeidsgivers samtykke oppbevarer forretningshemmeligheten i sitt hjem eller på egen harddisk. Hvis arbeidstakeren når arbeidsforholdet opphører avstår fra å levere tilbake eller destruere dokumentene på arbeidsgiverens oppfordring, legges det til grunn at det på dette tidspunktet har skjedd en ulovlig tilegnelse av forretningshemmeligheten. Derimot foreligger det ingen tilegnelse av hemmeligheten hvis en arbeidstaker mot arbeidsgiverens vilje kopierer dokumenter for å gjøre det enklere å utføre arbeidsoppgaver. Ber arbeidsgiveren uttrykkelig om at kopier leveres tilbake, uten at dette etterkommes, anses det også i dette tilfellet til grunn at det har skjedd en tilegnelse.

Det vil avhenge av de konkrete omstendighetene hvorvidt det er mest naturlig å beskrive handlinger fra en person som har lovlig tilgang til forretningshemmeligheten, som tilegnelse eller bruk, alternativt en forberedelseshandling. Når det gjelder de ovennevnte tilfellene, legges det i forslaget her til grunn at det er mer naturlig å vurdere disse som eksempler på urettmessig bruk fra en arbeidstaker som gjennom sitt arbeid har kunnskap om forretningshemmeligheten, jf. forslaget § 3 annet ledd.

Forslaget § 3 første ledd rammer også tilegnelse av forretningshemmeligheten ved annen adferd *i strid med god forretningsskikk* og gjennomfører direktivet artikkel 4 nr. 2 bokstav b. Direktivets definisjon av forretningshemmeligheter bygger på definisjonen av fortrolige opplysninger i TRIPS-avtalen. I tråd med TRIPS-avtalen artikkel 39 nr. 2 og fotnote 10 til avtalen vil handlinger i strid med god forretningsskikk i alle fall dekke kontraktsbrudd, misbruk av tillit samt oppfordring til dette, samt tredjepersons erverv av fortrolige opplysninger når tredjepersonen visste, eller på grunn av grov uaktsomhet ikke visste, at ervervet innebar en slik handlemåte.

Eksemplene over ligger i kjernen av den rettslige standarden, men utgjør ingen uttømmende angivelse. Norge har ratifisert TRIPS-avtalen og i den forbindelse lagt til grunn at eksisterende regler om vern av forretningshemmeligheter tilfredsstiller avtalens krav. Direktivet gir ingen nærmere veiledning til anvendelsen av standarden. Hva som er «god forretningsskikk», krever en konkret vurdering av forholdene i næringslivet på det aktuelle tidspunktet. Det vil være grunn å se hen til rådende oppfatninger i relevante sektorer. Annen nasjonal lovgivning vil også kunne bidra til å klarlegge vurderingsnormen. Det gjelder særlig praksis knyttet til generalklausulen i markedsføringsloven § 25, som forbyr handlinger som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom. Innholdet i den

rettslige standarden beskrives nærmere i forarbeidene til bestemmelsen i innstillingen fra Konkurranselovkomitéen 1966 punkt 7.

Forslaget § 3 annet ledd rammer inngrepshandlinger som består i urettmessig bruk eller formidling av forretningshemmeligheten. Direktivet inneholder ingen nærmere forklaring av hva som dekkes av de to begrepene, med unntak av særreguleringen for såkalte varer som utgjør inngrep («krænkende varer») i artikkel 4 nr. 5. Direktivet krever ikke at bruken er kommersielt motivert, eller at formidling har skjedd mot betaling. Bestemmelsen viser til tre ulike grunnlag for inngriperens kunnskap om eller rådighet over forretningshemmeligheten, jf. § 3 annet ledd bokstav a til c. Måten forretningshemmeligheten er tilegnet på har betydningen for vurderingen av om etterfølgende bruk eller formidling er urettmessig.

Forslaget § 3 annet ledd bokstav a forbyr *bruk og formidling av en forretningshemmelighet som er urettmessig tilegnet*. Bestemmelsen rammer den som ved eget inngrep har skaffet seg kunnskap om eller rådighet over hemmelighet i strid med § 3 første ledd. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 4 nr. 3 bokstav a.

Den klare hovedregel vil være at en forretningshemmelighet som er urettmessig tilegnet, ikke rettmessig kan brukes eller formidles videre. Etterfølgende bruk eller formidling vil utgjøre et ytterligere inngrep i forretningshemmeligheten.

Fra denne hovedregelen må det gjøres enkelte unntak. Det er grunnen til at bestemmelsen forutsetter at det også i disse tilfellene må vurderes om den etterfølgende bruken eller formidlingen er urettmessig. Det kan tenkes tilfeller hvor tilegnelsen av en forretningshemmelighet er ulovlig, men hvor den etterfølgende bruken eller formidlingen anses rettmessig for eksempel fordi den er pålagt i medhold av annen lovgivning. Et eksempel vil være et bevispålegg fra retten etter tvisteloven § 22-10 annet punktum. Et annet eksempel vil være hvor det foreligger et mellomliggende samtykke fra innehaveren av forretningshemmeligheten. Vurderingen av om bruken eller formidlingen er urettmessig sikrer også at bestemmelsen ikke rammer handlinger som dekkes av direktivet artikkel 5, jf. nærmere omtale under punkt 5.4.5.

Forslaget § 3 annet ledd bokstav b rammer den som *urettmessig bruker eller formidler en forretningshemmelighet vedkommende har hatt lovlig tilgang til gjennom et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold*. Bestemmelsen tilsvarende straffeloven § 207 første ledd og markedsføringsloven § 28 første ledd. Til forskjell fra inngrepstilfellene beskrevet over, dekker § 3 annet ledd bokstav b personer som gjennom sitt virke lovlig har fått tilgang til forretningshemmeligheten. For denne gruppen må det foreligge et rettslig grunnlag som begrenser adgangen til bruk eller formidling av hemmeligheten for at grunnvilkåret om urettmessighet skal være oppfylt.

Etter direktivet artikkel 4 nr. 3 bokstav b foreligger det ulovlig formidling av en forretningshemmelighet hvis noen bryter en «fortrolighedsaftale». Etter artikkel 4 nr. 3 bokstav c foreligger ulovlig bruk ved brudd på en «kontraktlig forpliktelse [...] til at begrænse forretningshemmelighedens brug».

Begrepene «fortrolighedsaftale» og «kontraktlig forpliktelse» dekker avtaler som er inngått mellom innehaveren og personen som innehaveren har gitt kunnskap om eller rådighet over forretningshemmeligheten til, enten i anledning et arbeidsforhold eller som del et oppdrag mv. Bruk eller formidling av en forretningshemmelighet i strid med en

kontraktsforpliktelser mellom partene vil være urettmessig etter forslaget.

Det samme gjelder andre tilfeller hvor inngriperen har brukt eller formidlet forretningshemmeligheten i strid med en «enhver anden pligt», jf. artikkel 4 nr. 3 bokstav b og c. Direktivet gir ingen ytterligere veiledning til hva som ligger i sistnevnte, men det synes naturlig å tolke uttrykket slik at det dekker både lovfestede og ulovfestede rettslige grunnlag. Henvisningen må forstås slik at det nærmere innholdet må avgjøres med utgangspunkt i nasjonal rett.

I tråd med utgangspunktene over, vil bruk eller formidling i strid med arbeidskontrakt som hovedregel være urettmessig etter forslaget § 3 fjerde ledd. Tilsvarende vil gjelde for bruk eller formidling fra en ansatt i virksomheten i strid med arbeidstakers lojalitetsplikt. Det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold etter norsk rett. Det innebærer at arbeidstaker skal opptre i samsvar med arbeidsgivers interesser og lojalt fremme disse. Arbeidstaker kan ikke opptre i strid med arbeidsgiverens interesser med henblikk på å fremme egne næringsinteresser, se Rt. 1990 s. 607.

Arbeidstakers lojalitetsplikt innebærer et forbud mot å konkurrere med arbeidsgiver eller på annet vis skade eller motvirke arbeidsgiverens virksomhet. Bruk eller formidling av arbeidsgivers forretningshemmeligheter vil således kunne være i strid med arbeidstakers lojalitetsplikt. Også i andre forretningsforhold gjelder det en lojalitetsplikt mellom partene som gjør bruken eller formidlingen urettmessig selv om den ikke strider direkte mot avtalereguleringen mellom partene.

Direktivet rammer urettmessig bruk og formidling fra personer som har lovlig tilgang til hemmeligheten, uavhengig av hvilket grunnlag opplysningene er tilegnet på. På dette punkt går direktivet lenger enn situasjonene som i dag rammes av straffeloven § 207 første ledd og markedsføringsloven § 28 første ledd. Det foreslås derfor i § 3 annet ledd bokstav c å utvide forbudet mot *urettmessig bruk og formidling av forretningshemmeligheter til personer som med hjemmel i andre bestemmelser i lov eller forskrift har fått tilgang til opplysningene*. Typiske tilfeller vil være personer i forvaltnings- eller tilsynsorganer som har mottatt forretningshemmeligheten fra innehaveren i medhold av bestemmelser om opplysningsplikt. Bestemmelsen skal også fange opp motparter og andre som får tilgang til forretningshemmeligheter som føres som bevis i en

rettsprosess. De gruppene som er nevnt her, vil ha taushetsplikt om forretningshemmelighetene, jf. henholdsvis reglene i forvaltningsloven eller annen særlovgivning og forslaget til endring av tvisteloven § 22-12. Etter gjeldende rett vil bruk eller formidling i strid med taushetsplikten ikke rammes av markedsføringsloven § 28 eller straffeloven § 207. Etter forslaget vil bruk eller formidling i strid med taushetsplikten utgjøre et inngrep.

Forslaget § 3 tredje ledd rammer inngrep fra personer som vet eller burde visst at forretningshemmeligheten er tilegnet direkte eller indirekte fra noen som ikke rettmessig kan gi hemmeligheten videre. Bestemmelsen gjennomfører i direktivet artikkel 4 nr. 4. Grunnvilkåret etter bestemmelsen er at forretningshemmeligheten er tilegnet fra noen som ikke lovlig kan gi denne videre.

Hvis mottakeren visste eller burde visst dette på tidspunktet forretningshemmeligheten ble tilegnet, vil tilegnelse normalt være urettmessig og det vil foreligge et inngrep etter bestemmelsen. Er kunnskapskravet oppfylt allerede ved tilegnelsen, vil etterfølgende bruk og formidling som et utgangspunkt også være urettmessig. Hvis mottakeren derimot er i aktsom god tro på tidspunktet for tilegnelsen, vil selve tilegnelsen ikke utgjøre et inngrep. Taper mottakeren senere sin gode tro, vil derimot etterfølgende bruk eller formidling rammes av forbudet i § 3 tredje ledd. I praksis vil ofte forholdet som fører til bortfall av god tro, være henvendelser fra innehaveren av forretningshemmeligheten, eller at innehaveren iverksetter rettslige skritt for å få stanset bruk. Av hensyn til eventuelle investeringer eller annen tilrettelegging av virksomheten mottakeren har foretatt før vedkommende ble kjent med de faktiske forholdene, vil retten i disse tilfellene ha adgang til å tillate fortsatt bruk mot vederlag, jf. forslaget § 8. Se nærmere omtale av bestemmelsen i punkt 11.9.

5.4.4 Særlig om inngrepshandlinger knyttet til varer

I forslaget § 4 gis egne regler om *varer som utgjør inngrep*. Bestemmelsen forbyr en bestemt form for urettmessig bruk av forretningshemmeligheten, og klargjør at det er forbudt å tilvirke, markedsføre og omsette varer som utgjør inngrep, eller å innføre, utføre eller lagre slike varer med sikte på tilby dem for salg. Forslaget § 4 gjennomfører direktivet artikkel 4 nr. 5 samt definisjonen av «krænkende varer» i artikkel 2 nr. 4.

Særreguleringen av inngrepshandlinger knyttet til varer har sammenheng med de særlige håndhevingsmidlene som er tilgjengelige for å forebygge slike inngrep etter § 7 annet ledd. Bestemmelsen gir retten adgang til å gi pålegg om at varer skal kalles tilbake fra handelen, at varene endres slik at de inngripende egenskapene fjernes, definitivt fjernes fra handelen, ødelegges eller at varene utleveres til innehaveren av forretningshemmeligheten eller en veldedig organisasjon. De ulike tiltakene kommenteres nærmere i punkt 11.7. Sett samlet vil bestemmelsene gi en mer effektiv håndheving av

innehaverens rettigheter, både de kommersielle interessene i å være den første på markedet med varer som bygger på innovativ kunnskap, men også ved å hindre spredning av varer som hemmeligheten kan utledes fra.

Forbudet mot rettsstridig utnyttelse i markedsføringsloven § 28 og krenkelse av forretningshemmeligheter i straffeloven § 207 vil kunne omfatte tilfeller hvor bruk av forretningshemmeligheten knytter seg til tilvirking, markedsføring eller omsetning av en vare. Derimot er det tvilsomt om eller hvor langt alternativene innførsel, utførsel eller lagring av varer med sikte på å tilby slike varer for salg, kan sies å være dekket av uttrykket «utnyttelse» etter gjeldende rett, eller har tilstrekkelig tilknytning til en slik handling til å utgjøre medvirkning, jf. straffeloven § 15.

Det følger nå uttrykkelig av forslaget § 4 at alle alternativene direktivet nevner, utgjør inngrepshandlinger etter loven.

Uttrykket «varer som utgjør inngrep» er valgt til erstatning for direktivets uttrykk «krænkende varer», og samsvarer med tilsvarende formuleringer i blant annet patentloven § 59, varemerkeloven § 59 og planteforedlerloven § 24. I samsvar med ordlyden i disse lovene er uttrykket «varer som utgjør inngrep» en kortform for å beskrive tilfeller der forretningshemmeligheten urettmessig er benyttet til å utvikle, produsere eller markedsføre varer, eller deler av disse.

Forslaget § 4 annet ledd beskriver hva som menes med varer som utgjør inngrep. Det vil være tilfellet hvis varen har en utforming, egenskap eller funksjon som i vesentlig grad drar fordel av urettmessig bruk av en forretningshemmelighet. Tilsvarende gjelder varer som er fremstilt eller markedsført på en måte som i vesentlig grad drar fordel av en forretningshemmelighet. Det vil være tilfellet der forretningshemmeligheten knytter seg til markedsstrategier eller kundedata og disse urettmessig benyttes i markedsføringen av varene. Kravet om at varen i vesentlig grad har fordel av urettmessig bruk av forretningshemmeligheten innebærer at bruken av opplysningene har hatt betydelige konsekvenser for varens kvalitet, verdi eller pris, eller for kostnader ved fremstilling eller markedsføring. Hvis det foreligger en slik sammenheng mellom varen og forretningshemmeligheten, vil det være forbudt å tilvirke, markedsføre, omsette, eller innføre, utføre eller lagre varer med sikte på salg. Det innebærer at dersom varen utgjør et inngrep i forretningshemmeligheten på grunn av sider ved produksjonsprosessen, vil bestemmelsen i tillegg til å ramme produksjonen, også forby etterfølgende markedsføring og omsetning. Det samme vil gjelde andre kombinasjoner av alternativer i bestemmelsens første og annet ledd.

For at det skal foreligge inngrep etter bestemmelsen, er det for alle alternativene et krav om at inngriperen har subjektiv kunnskap om at forretningshemmeligheten har blitt urettmessig brukt. Det kreves at personen enten visste, eller burde ha visst, om forholdene ved varen som

innebærer at denne utgjør inngrep i forretningshemmeligheten. Det innebærer at de særegne håndhevingsmidlene som er tilgjengelig for inngrep som dekkes av forslaget § 4, bare kan iverksettes overfor personer i ond tro. En slik løsning samsvarer ikke med reglene i patentloven § 59 og varemerkeloven § 59. Etter disse lovene vil det være adgang til å beslutte forebyggende tiltak overfor personer som ikke kan bebreides samt overfor personer som ikke selv har gjort inngrep. Kravet til at tiltakene må være forholdsmessig, jf. patentloven § 59 første ledd tredje og fjerde punktum og varemerkeloven § 59 første ledd tredje og fjerde punktum, kan være til hinder for at forebyggende tiltak rettes mot noen som selv ikke har gjort inngrep, og som har opptrådt i god tro. Forholdsmessighetskravet innebærer videre at det ikke kan besluttes forebyggende tiltak etter disse lovene mot produkter som noen har skaffet til privat formål. Det gjelder uavhengig av om den som anskaffet produktet, har opptrådt i god tro. Bestemmelsene fikk sitt nåværende innhold ved lovendring 31. mai 2013 nr. 25. Se nærmere omtale i Prop. 81 L (2012–2013) Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene) punkt 5 og spesialmerknadene til patentloven § 59 og varemerkeloven § 59.

Den svenske gjennomføringsloven legger generelt til grunn at tilegnelser, bruk og formidling i god tro utgjør et inngrep i forretningshemmeligheten og kan møtes med håndhevingsmidler. Hvis inngrepet har skjedd i god tro kan handlingen derimot ikke sanksjoneres med straff eller erstatning, se Prop. 2017/18:200 punkt 7.2, jf. også SOU 2017: 45 punkt 5.6.6. Med henvisning til innspill fra enkelte av høringsinstansene, uttrykker forarbeidene en forståelse for at det er et vidtrekkende ansvar som etableres, men det vises til at direktivet ikke gir noe generelt vern ved god tro. Inngrepsdefinisjonen i den svenske loven krever at det foreligger et kommersielt formål med handlingen. Det vil derfor ikke være mulig å sanksjonere en privatpersons innførsel av varer til eget bruk, jf. Prop. 2017/18:200 punkt 7.1.

Det er vurdert om samme løsningen bør følges i forslaget her. For innehaveren av forretningshemmeligheten vil skadevirkningen av handlingen, både for virksomhetens kommersielle interesser, men også med tanke på risikoen for ytterligere spredning og mulig bortfall av forretningshemmeligheten, kunne være lik uavhengig av hvilken kunnskap personen har. Samtidig vil det bryte med tidligere regulering av feltet å ramme personer i aktsom god tro. I motsetning til situasjonen for patent- og varemerkerettigheter, ligger det i forretningshemmelighetens natur at kunnskapen om dens eksistens og rette innehaver er vanskelig tilgjengelig. Forslaget har derfor lagt direktivets løsning til grunn.

6 Generelle krav til håndhevingsregler

6.1 Gjeldende rett

En rekke grunnleggende prinsipper som rimelighet, effektivitet og rettssikkerhet i rettspleien, vil være styrende ved utformingen av håndhevingsregler og anvendelsen av disse i enkeltsaker. Dette gjelder blant annet retten til rettferdig rettergang og retten til effektive rettsmidler, som blant annet er kommet til uttrykk i henholdsvis artikkel 6 og 13 i EMK. Et generelt uttrykk for disse prinsippene i rettspleien finnes også i formålsbestemmelsen i tvisteloven § 1-1, første ledd som viser til at loven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitsskapende behandling av rettsvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler. Videre skal loven ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og få løst sine tvister, samt samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene. Den nærmere ivaretagelsen av disse generelle målsetningene vil imidlertid først og fremst oppnås gjennom den konkrete anvendelsen av tvistelovens øvrige regler, hvor formålsbestemmelsen i § 1-1 vil bidra med relevante hensyn i den rettslige skjønnsutøvelsen.

Den generelle EØS-retten legger også føringer på utforming av nasjonale håndhevingsregler. Med utgangspunkt i lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3 er det utviklet to sentrale prinsipper – effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet – som stiller krav til nasjonal rett på området. Effektivitetsprinsippet innebærer at det ikke kan være uforholdsmessig vanskelig å få håndhevet sine EØS-rettigheter, mens ekvivalensprinsippet innebærer et forbud mot forskjellsbehandling av krav basert på EØS-rettslige grunnlag, sammenlignet med behandlingen av «nasjonale» krav.

6.2 Direktivet artikkel 6 og 7 nr. 1

Artikkel 6 og 7 nr. 1 i direktivet lister opp grunnleggende krav til de håndhevingsmidlene som medlemsstatene skal gi innehavere av forretningshemmeligheter tilgang til i sin gjennomføringslovgivning.

Artikkel 6 nr. 1 viser generelt til plikten medlemsstatene har etter direktivet til å sikre tilstrekkelige sivilrettslige håndhevingsmidler ved inngrep i forretningshemmeligheter. Bestemmelsen er et uttrykk for det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet, som forutsetter at medlemsstatene iverksetter nødvendige tiltak for å sikre effektiv rettighetsbeskyttelse.

Det følger videre av artikkel 6 nr. 2 at slike virkemidler skal være rettferdige og rimelige (bokstav a), ikke unødig kompliserte eller kostbare, og ikke medføre urimelige tidsfrister eller ubegrunnede forsinkelser (bokstav b). Samtidig skal de aktuelle virkemidlene være effektive og avskrekkende (bokstav c). Disse kravene må også oppfylles ved eventuell nasjonal

lovgivning som, innenfor rammene av artikkel 1 nr. 1, innfører mer vidtgående beskyttelse enn det som følger av direktivet.

Når det gjelder håndhevingsreglene som uttrykkelig fremgår av direktivet, nærmere bestemt i artikkel 10, 12, 14 og 15, krever artikkel 7 nr. 1 i tillegg at disse skal anvendes på en slik måte at de er proporsjonale til inngrepet, det ikke oppstår hindringer for lovlig samhandel på det indre marked, og gir vern mot misbruk.

6.3 Regelverket i Sverige og Danmark

I forbindelse med den svenske gjennomføringen av forretningshemmelighetsdirektivet er det lagt til grunn at verken artikkel 6 eller 7 nr. 1 krever særskilte gjennomføringstiltak. Det legges til grunn at prinsippene i artikkel 6 er generelle prinsipper som i alminnelighet vil bli fulgt i forbindelse med lovgivningsprosesser, og at det legges til grunn at håndhevingsmidlene for vern av forretningshemmeligheter, i lys av domstolenes praksis, er rettfærdige, saklige, effektive, proporsjonale og avskrekkende, se omtale i SOU 2017:45 side 155 til 156.

Når det gjelder artikkel 7 nr. 1, er det lagt til grunn i SOU 2017:45 side 157 at kravet til proporsjonalitet etter artikkel 7 nr. 1 bokstav a er av så allmenngyldig karakter at det fremstår som unødvendig med lovfesting. Også hensynet til et velfungerende indre marked etter artikkel 7 nr. 1 bokstav b blir ansett som «allmängiltig och ska beaktas vid lagstiftningsarbetet generellt». Av den grunn er det unødvendig å lovfeste dette uttrykkelig i forbindelse med gjennomføringen av forretningshemmelighetsdirektivet.

Når det gjelder spørsmålet om beskyttelse mot misbruk av håndhevingsmidler etter artikkel 7 nr. 1 bokstav c, ble eksisterende mekanismer i svensk rett, slik som sanksjoner mot unødig rettergang, adgang til hurtig avgjørelse av åpenbart ugrunnede søksmål og erstatningsansvar for sakskostnader, ansett for å være tilstrekkelig for å oppfylle direktivets krav.

Den danske loven om forretningshemmeligheder inneholder heller ikke bestemmelser som gjennomfører direktivet artikkel 6 eller 7 nr. 1.

6.4 Forslaget

I forslaget foreslås det ingen egen bestemmelse til gjennomføring av de generelle kravene som følger av direktivet artikkel 6 og 7 nr. 1.

De prinsippene som det vises til i de nevnte bestemmelsene, følger alt av gjeldende norsk sivilprosess, se formålsbestemmelsen til tvisteloven § 1-1. I tillegg gjentar direktivbestemmelsene elementer som følger av sentrale EØS-rettslige prinsipper som effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet. Disse er del av norsk rett gjennom EØS-loven, jf. EØS-avtalen artikkel 3. Det

fremstår av den grunn verken hensiktsmessig eller nødvendig å gjennomføre direktivet artikkel 6 og 7 nr. 1 i en egen lovbestemmelse.

Samtidig vil det ved gjennomføringen av andre deler av direktivet være viktig at utformingen av bestemmelser skjer innenfor rammene av de generelle kravene nevnt over. I den forbindelse vises det til at artikkel 6 og 7 nr. 1 i forretningshemmelighetsdirektivet er innholdsmessig tilnærmet identisk med artikkel 3 i direktiv 2004/48/EU om håndheving av immaterialrettigheter (håndhevingsdirektivet). Håndhevingsdirektivet er ikke inntatt i EØS-avtalen, og dermed ikke bindende for Norge. Direktivet utgjorde likevel et viktig referansepunkt for håndhevingsreformen i 2013, som tok sikte på å styrke håndhevingsreglene i lovgivningen om industrielt rettsvern. I Prop. 81 L (2012–2013) Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene) side 42 ble det blant annet fremholdt at «[f]orslaget innebærer at håndhevingsreglene i Norge vil bli minst like gunstige for rettighetshavere som det som følger av EUs regelverk på området».

Det er vesentlige likhetstrekk mellom forretningshemmelighetsdirektivets og håndhevingsdirektivets regulering av håndhevings- og sanksjonsmidler ved inngrep i henholdsvis forretningshemmeligheter og immaterielle rettigheter, se nærmere omtale under punkt 11.4.1. En gjennomføring av forretningshemmelighetsdirektivet som tar hensyn til løsningene som ble valgt i håndhevingsreformen i 2013, vil samtidig kunne ivareta kravene i forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 6 og 7 nr. 1.

7 Grunnløse søksmål

7.1 Gjeldende rett

Etter domstolloven § 202 første ledd, jf. annet ledd, skal en part eller dennes medhjelper som åpenbart uten grunn har anlagt søksmål, latt det komme til søksmål eller tatt i bruk rettsmidler, pålegges å erstatte det offentlige helt eller delvis utgiftene ved saken. I tillegg kan vedkommende straffes med rettergangsbót, jf. § 202 første ledd in fine. Kravet til at prosesshandlingene er åpenbart uten grunn innebærer at det ikke kan anføres noe relevant argument til støtte for det resultatet vedkommende ønsker å oppnå, se Rt. 1997 s. 1019. Bestemmelsen oppstiller ikke noe krav til forsett, og det er forutsatt i Rt. 1995 s. 1593 at uaktsom overtredelse vil være tilstrekkelig. Hensynet bak reglene tilsier varsomhet med bruk av bestemmelsen i mer kompliserte saker der bevisbildet kan være uoversiktlig eller de rettslige spørsmålene sammensatte. Det vil kunne være tilfelle i saker om inngrep i forretningshemmeligheter hvor den påståtte inngriperen er i besittelse av sentrale bevis for om det foreligger inngrep eller ikke. Saker om forretningshemmeligheter kjennetegnes ofte av vanskelig rettslige avgrensningsspørsmål, eksempelvis om en anført «sum av viten» kvalifiserer

som en forretningshemmelighet. Kravet «åpenbart uten grunn» må forstås slik at det i hovedsak er misbrukstilfeller som rammes av bestemmelsen. Det vil derfor ikke være tilstrekkelig at saksøkeren kunne gjort ytterligere anstrengelser for å sikre bevis eller avklart sentrale forhold i saken.

Uriktige beskyldninger om inngrep i forretningshemmeligheter som er tilstrekkelig graverende, eksempelvis saksanlegg basert på forfalskede beviser, vil kunne danne grunnlag for straffeansvar etter straffelovens kapittel 22 om uriktig forklaring og anklage.

Etter reglene i tvisteloven om sakskostnader vil saksøkeren ved et uberettiget søksmål normalt idømmes ansvar for motpartens nødvendige sakskostnader, jf. hovedregelen i tvisteloven § 20-2 om at parten som taper søksmålet, må dekke motpartens kostnader. Erstatningsansvar for mer avledede tap som følge av et søksmål dekkes ikke etter bestemmelsene i tvisteloven kapittel 20.

Høyesterett har i Rt. 2015 side 385 lagt til grunn at uberettigede søksmål i visse tilfeller kan føre til ansvar for motpartens økonomiske tap ut over sakskostnader. Ansvar er forbeholdt rene misbrukstilfeller. Det vil normalt foreligge et misbrukstilfelle der saken er helt uten utsikt til å føre frem, og parten skjønner at det er slik. Et søksmål vil da være motivert av andre formål enn å få medhold i saken, og normalt vil det innebære misbruk av søksmålsadgangen å gå til søksmål i et slikt tilfelle. For å underbygge at terskelen for ansvar måtte ligge høyt, viste Høyesterett til det som da var forslaget til nytt direktiv om forretningshemmeligheter og utkastet til bestemmelsen om ansvar «for tilfeller der en sak er «manifestly unfounded» og saksøkeren har iverksatt rettergangsskritt «abusively or in bad faith» (nå artikkel 7 nr. 2).

I saker om midlertidig forføyning har saksøker et objektivt erstatningsansvar for den skade som saksøkte blir påført som følge av en midlertidig forføyning, dersom saksøkerens krav ikke bestod da forføyningen ble besluttet og forføyningen oppheves eller bortfaller, jf. tvisteloven § 32-11 første ledd første punktum. Se nærmere omtale av bestemmelsen under punkt 10.

7.2 Direktivet artikkel 7 nr. 2

Det følger av direktivet artikkel 7 nr. 2 at medlemsstatene skal sikre at det i saker om inngrep i forretningshemmeligheter finnes sanksjonsmidler mot åpenbart grunnløse søksmål som kan anvendes av nasjonale domstoler etter anmodning fra saksøkte. Vilkåret er at saksøker har anlagt søksmålet «unødigt eller i ond tro». Den danske ordlyden avviker her fra andre språkversjoner. I den engelske språkversjonen brukes ordlyden «abusively or in bad faith», mens den svenske ordlyden er «otillbörligen eller i ond tro». Bestemmelsen må ses i sammenheng med det generelle kravet om at medlemsstatene skal sikre tilstrekkelig vern mot misbruk av

håndhevingsmidler, jf. artikkel 7 nr. 1. I fortalen punkt 22 fremheves betydningen av at domstolene kan treffe «hensigtsmæssige foranstaltninger» overfor saksøkere som «utilbørligt» eller i ond tro innleder et åpenbart grunnløst søksmål, for eksempel for å forsinke eller begrense saksøktes markedsadgang i urimelig grad eller på annen måte true eller sjikanere saksøkte.

Artikkel 7 nr. 2 viser til at aktuelle sanksjonsmidler i en sak kan være erstatning til saksøkte, illeggelse av sanksjoner mot saksøker eller pålegg om å offentliggjøre opplysninger om av rettsavgjørelse som nevnt i artikkel 15. Slik bestemmelsen er bygget opp er det uklart om opplistingen av sanksjonsmidler er tiltak som medlemsstatene plikter å gjøre tilgjengelige, eller om listen kun gir eksempler på tiltak som kan utgjøre «passende foranstaltninger».

Det følger av artikkel 7 nr. 2 siste ledd at medlemsstatene kan fastsette at sanksjoner mot misbruk behandles i en separat rettssak.

7.3 Regelverket i Sverige og Danmark

Det er lagt til grunn i forarbeidene til den svenske gjennomføringsloven at eksisterende regler i rättegångsbalken om blant annet erstatning av rettergangskostnader, rettergangsbót ved initiering av unødige rettergang og adgangen til umiddelbar domsavsigelse ved åpenbart ugrunnede søksmål ivaretar kravene i artikkel 7 nr. 2, se SOU 2017:45 side 159 til 160. Det ble ikke ansett nødvendig å innføre en egen bestemmelse som legger saksøker et erstatningsansvar ut over erstatning for sakskostnader. Det ble særlig vist til at opplistingen av reaksjonsmidler i direktivet artikkel 7 nr. 2 ikke er tvingende.

Den danske gjennomføringsloven innfører heller ikke nye regler til gjennomføring av artikkel 7 nr. 2. Det legges til grunn at reglene om erstatning av sakskostnader i retsplejelovens kapittel 30 er tilstrekkelig til å oppfylle kravene som følger av artikkel 7 nr. 2. Disse omfatter blant annet erstatningsansvar etter § 318 for den som på uforsvarlig måte har påført motparten utgifter knyttet til forspilte møter, unødvendige utsettelse, unyttig bevisførsel eller andre prosessuelle skritt, og advokaters ansvar etter § 319 for omkostninger som disse har forårsaket ved pliktstridig oppførsel.

7.4 Forslaget

Forslaget legger opp til at direktivets krav om tiltak mot åpenbart grunnløse søksmål er tilstrekkelig ivaretatt ved dagens regler om straffeansvar ved uriktig anklage, jf. straffeloven kapittel 22, reglene om rettergangsbót i domstolloven § 202, samt av det ulovfestede ansvarsgrunnlaget for misbruk av søksmålsadgangen, se Rt. 2015 s. 385.

Et søksmål om inngrep i forretningshemmeligheter vil kunne få betydelige konsekvenser for den saksøktes renommé og markedsposisjon. Saksøkte vil

ofte, på grunn av tvistegjenstandens natur, ha få muligheter til å imøtegå søksmålet i offentlighet, eller overfor kunder og kommersielle samarbeidspartnere. Den usikkerheten som skapes i markedet ved et søksmål om inngrep i forretningshemmeligheter, vil derfor kunne være større enn normalt ved søksmål om industrielle rettigheter hvor beskyttelsesgjenstanden er en offentlig registrert og avgrenset rettighet.

En avgrenset kodifisering av erstatningsansvaret, ut over ansvaret for sakskostnader, for åpenbart grunnløse søksmål har av den grunn vært vurdert, men ikke blitt ansett som nødvendig eller hensiktsmessig på nåværende tidspunkt. Et slikt erstatningsansvar reiser flere sammensatte og prinsipielle spørsmål som fortsatt fremstår som uavklarte etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2015 s. 385. Flere av disse spørsmålene vil best kunne få sin avklaring gjennom rettspraksis.

Det er heller ikke klart ut fra ordlyden i direktivet artikkel 7 nr. 2 at det oppstilles en plikt til å innføre et slikt lovfestet ansvar. Det er i den sammenheng også vektlagt at verken Sverige eller Danmark har valgt å lovfeste et erstatningsansvar for åpenbart grunnløse søksmål i sin gjennomføringslovgivning.

En eventuell kodifisering av erstatningsansvaret for åpenbart grunnløse søksmål vil, i samsvar med det Høyesterett la til grunn i Rt. 2015 s. 385, måtte ta utgangspunkt i terskelen som oppstilles i Rt. 1994 s. 1430.

Erstatningsansvar utover ansvar for sakskostnader vil bare være aktuelt i «særlige tilfeller» og krever en «særskilt begrunnelse». Det er bare misbrukstilfeller som gir grunnlag for et utvidet erstatningsansvar. Som eksempel vises det til tilfeller hvor det ugrunnede søksmålet er fremsatt i skadehensikt eller «ut fra andre ikke beskyttelsesverdige motiver». I slike tilfeller vil et søksmål være motivert av andre formål enn å få medhold i saken. Mer konkret, vil en kodifisering kunne bygge på det etablerte kravet til «åpenbart uten grunn» i domstoloven § 202, som også tar sikte på å ramme misbrukstilfellene, se Rt. 2015 s. 385 avsnitt 31. Erstatningsansvar vil da kun være aktuelt når det ikke kan anføres noe relevant argument til støtte for det resultatet saksøkeren ønsker å oppnå, jf. Rt. 1997 s. 1019, slik at søksmålet er uten utsikt til å føre frem. En erstatningsregel med et så begrenset virkeområde vil ikke krenke den grunnleggende retten til domstolsbehandling som følger av Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. Sistnevnte spørsmål drøftes grundig i Rt. 2015 s. 385 i avsnitt 28 til 31 og 35.

8 Frister

8.1 Gjeldende rett

Det er ingen egne søksmålsfrister i gjeldende rett for krav knyttet til inngrep i forretningshemmeligheter. I norsk rett er det heller ingen alminnelig søksmålsfrist, men slike frister finnes på enkelte områder. De fleste av disse fristene knytter seg til domstolsprøving av forvaltningsvedtak, slik at søksmålsfristen kan beregnes fra vedtakstidspunktet. Eksempler på slike frister finnes i patentloven § 27 tredje ledd, varemærkeloven § 52 annet ledd, designloven § 39 annet ledd, skatteforvaltningsloven § 15-4 første ledd, trygderettsloven § 26 sjette ledd, og statsansatteloven § 34. Det finnes imidlertid også lovbestemmelser om søksmålsfrister knyttet til disposisjoner foretatt av private, jf. arbeidsmiljøloven § 17-4, husleieloven § 9-8, aksjeloven § 5-23 første ledd og allmennaksjeloven § 5-23 første ledd. En søksmålsfrist omtales gjerne som en prosessforutsetning, slik at konsekvensene av at fristen oversittes, er avvisning av søksmålet. Her skiller søksmålsfrister seg fra foreldelsesfrister, som knytter seg til hvorvidt det underliggende kravet i saken fortsatt eksisterer.

Kjernen i det norske foreldelsesinstituttet er at «ved foreldelse taper fordringshaveren sin rett til oppfyllelse», jf. foreldelsesloven § 24 første ledd. Dette innebærer at den materielle fordringen ikke lenger kan påberopes overfor skyldneren, og heller ikke tjene som grunnlag for søksmål eller tvangsfullbyrdelse. Krav på vederlag eller erstatning som følger av overtredelse av markedsføringsloven §§ 28 og 29, foreldes etter de alminnelige reglene om foreldelse i foreldelsesloven. Retten til å kreve håndhevingsmidler, som dom på forbud mot fortsatt inngrep og kjennelse om midlertidig forføyning, er imidlertid ikke gjenstand for foreldelse. Slike krav er ikke «fordring på penger eller andre ytelser» etter foreldelsesloven § 1. Det vises blant annet til Ot.prp. nr. 38 (1977–78) Om lov om foreldning av fordringer, hvor følgende forutsettes på side 51:

«Er derimot det underliggende forhold av annen art - f.eks. en rådighetsrett, en grunnbyrde eller et offentligrettslig eller familierettslig forhold - vil dette rettsforhold ikke være gjenstand for foreldning etter utkastets regler. Krav på unnlattelse er ikke fordring på noen ytelse og faller derfor utenfor foreldingsloven».

Den alminnelige foreldelsesfristen er tre år, jf. foreldelsesloven § 2. Fristen begynner å løpe fra den dag fordringshaveren tidligst har rett til å kreve oppfyllelse, jf. foreldelsesloven § 3. Fristen avbrytes ved rettslige skritt, jf. foreldelsesloven § 15. Krav på skadeserstatning eller oppreisning, slik som krav om erstatning som følge av inngrep i forretningshemmeligheter, foreldes tre år etter den dag da skadelidte fikk eller burde ha skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige, jf. foreldelsesloven § 9 første ledd.

Høyesterett har uttalt at kravet til kunnskap etter bestemmelsen må forstås slik at det «objektivt sett kunne konstateres grunnlag for å reise sak, det vil si at det var eller kunne være skaffet til veie bevis som gjorde det forsvarlig å anlegge sak», se Rt. 1998 s. 587 (på side 591 til 592).

En absolutt foreldelsesfrist for krav på skadeserstatning og oppreisning finnes i § 9 annet ledd. Slike krav foreldes senest 20 år etter opphøret av den skadegjørende handling eller ansvarsgrunnlag.

Etter omstendighetene vil reglene om foreldelse kunne suppleres av alminnelige ulovfestede passivitetsregler.

8.2 Direktivet artikkel 8

Direktivet artikkel 8 krever at medlemsstatene oppstiller foreldelsesfrister for materielle krav og søksmål om anvendelse av håndhevingsmidler etter direktivet. Direktivet krever at medlemsstatene regulerer fristens utgangspunkt og under hvilke omstendigheter det skal skje fristavbrudd, men oppstiller ingen krav til utformingen av disse bestemmelsene. Det er ikke klart ut fra ordbruken i de ulike språkversjonene av direktivet om fristen i artikkel 8 skal forstås som en prosessuell søksmålsfrist eller en materiell foreldelsesfrist.

Medlemsstatene står fritt til å fastsette fristens lengde, men denne kan ikke overstige seks år, jf. artikkel 8 nr. 2. Ifølge fortalens punkt 23 bør, ut fra rettssikkerhetshensyn, muligheten til å anlegge søksmål for å beskytte forretningshemmeligheter innskrenkes til en begrenset periode. Det vises til at innehavere av forretningshemmeligheter forventes å skaffe seg oversikt over bruk av hemmeligheten, og reagere på eventuelle inngrep.

Forventningen som her kommer til uttrykk, har en side til definisjonen av forretningshemmeligheter i artikkel 2 nr. 1 og plikten innehaveren har til å sikre at hemmeligheten er underkastet tiltak for å sikre hemmelighold, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav c.

8.3 Regelverket i Sverige og Danmark

Sverige har gjennomført direktivet artikkel 8 i lag om företagshemligheter § 24. Bestemmelsen inneholder både en foreldelsesregel og det som omtales som en preklusjonsregel. Etter bestemmelsen kan erstatning kun idømmes for skade som har oppstått de siste fem årene før søksmålet reises. Tap oppstått forut for dette tidspunktet vil være foreldet. Slik fristen er innrettet knyttes den ikke til innehaverens kunnskap. Når det gjelder søksmål om forbud eller andre håndhevingsmidler, må søksmål anlegges innen fem år fra det tidspunktet innehaveren fikk kunnskap om, eller burde ha fått kunnskap om, inngrepet eller det nært forestående inngrepet som kravet i saken knytter seg til. Om ikke søksmål fremmes innen dette tidspunktet, er adgangen til å fremme søksmål med krav om slike håndhevingsmidler være tapt ved preklusjon. Forarbeidene til bestemmelsen viser til at fristene ikke

nødvendigvis vil sammenfalle. Fristen for å reise krav om forbud eller andre tiltak kan være prekludert fordi innehaveren burde oppdaget inngrepet da det ble påbegynt, mens krav om erstatning ikke er foreldet for skade som har inntrådt i løpet av de siste fem årene.

I den danske loven om forretningshemmeligheder § 14 er det inntatt to søksmålsfrister som gjelder henholdsvis for midlertidige tiltak etter § 8 og dom etter § 12. I begge tilfellene må begjæring være inngitt til retten innen seks måneder etter at innehaveren har fått tilstrekkelig kjennskap til ulovlig erverv, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten til at innehaveren har tilstrekkelig grunnlag for å inngi begjæringen eller anlegge søksmål. Søksmålsfristene etter § 14 omfatter imidlertid ikke krav om erstatning etter § 15. Det er videre forutsatt i bestemmelsens forarbeider at alminnelige passivitetsprinsipper vil supplere søksmålsfristene i § 14 slik at adgangen til å påberope håndhevingsmidler etter §§ 8 og 12 vil kunne være bortfalt, selv om søksmålsfristen ikke er utløpt.

8.4 Forslaget

8.4.1 Nødvendigheten av en egen fristregulering

I forslaget § 5 gjennomføres fristen i artikkel 8 som en materiell foreldelsesfrist. Det sentrale formålet bak direktivbestemmelsen er å gi en tidsmessig begrensning av muligheten til å fremme krav som angitt i direktivet.

Gjeldende regler om foreldelse i foreldelsesloven vil ikke være tilstrekkelige til å oppfylle kravene i direktivet artikkel 8 ettersom det kun er «[f]ordring på penger eller andre ytelser» som er gjenstand for foreldelse etter foreldelsesloven § 1. Artikkel 8 krever at det oppstilles en frist som avskjærer samtlige av innehaverens krav på håndhevingsmidler etter direktivet. Direktivet artikkel 12 lister opp hva det skal kunne gis dom for i en sak om inngrep i forretningshemmeligheter. Krav om dom på slike handle- og unnlatesplikter skiller seg fra krav knyttet til fordringer på penger og andre ytelser som reguleres av foreldelsesloven, jf. foreldelsesloven § 1.

Kravet til aktuell interesse i tvisteloven § 1-3 vil kunne gi grunnlag for avvisning av søksmål med krav om dom på håndhevingsmidler, i tilfeller der inngrep for lengst er avsluttet, og hvor krav på økonomisk vederlag og kompensasjon er foreldet. Saksøker vil i slike tilfelle vanskelig kunne påvise et aktuelt behov for midlertidig forføyning etter artikkel 10, eller dom om forbud etter artikkel 12 nr. 1 bokstav a og b. Det er mer usikkert om søksmålet kan avvises som følge av manglende rettslig interesse når saksøker fremmer krav om korrigerende tiltak for å reversere virkningene av tidligere inngrep etter direktivet artikkel 12 nr. 1, jf. nr. 1 bokstav c. Kravet til aktuell interesse kan uansett ikke danne grunnlag for avvisning i saker som gjelder pågående inngrep, selv om innehaverens krav på økonomisk vederlag

eller erstatning kan være foreldet etter foreldelseslovens § 9. Det vil derfor være nødvendig å innta en egen fristbestemmelse i loven som vil gjelde for alle håndhevingsmidler etter direktivet, inkludert adgangen til å begjære midlertidig forføyning, se forslaget § 5.

Ulike løsninger har vært vurdert, blant annet hvorvidt deler av bestemmelsen bør gjennomføres som en søksmålsfrist. Valg av løsning henger tett sammen med hva som utgjør et naturlig utgangspunkt for når fristen begynner å løpe. De tradisjonelle søksmålsfristene i norsk rett tar utgangspunkt i begivenheter som enkelt lar seg tidfeste, mens det vil være vanskelig å etablere et slikt utgangspunkt for bruk av håndhevingsmidler etter direktivet. Forslaget legger til grunn at fristens utgangspunkt bør knyttes til innehaverens kunnskap om inngrepet og inngriperen, jf. omtale i punkt 8.4.2. Spørsmålet om når innehaveren burde skaffet seg kunnskap, må besvares ut fra en konkret og sammensatt vurdering i den enkelte sak. Ved denne vurderingen vil materielle spørsmål, slik som inngrepets art og klarhet, kunne være av betydning. Det vil kunne være vanskelig for domstolene å ta stilling til slike bevisspørsmål under saksforberedelsen.

Gjennomføring av direktivet artikkel 8 ved en søksmålsfrist vil derfor ikke gi de prosessøkonomiske fordeler som normalt kan knyttes til slike regler. En slik gjennomføring synes heller ikke å passe godt til utgangspunktet i tvisteloven § 9-6 annet ledd om at spørsmål om avvisning skal treffes så tidlig som mulig under saksforberedelsen. Forslaget legger derfor opp til at fristen i artikkel 8 gjennomføres som en materiell foreldelsesfrist.

8.4.2 Fristens utgangspunkt

Artikkel 8 er begrunnet i den aktsomhetsplikt innehavere av forretningshemmeligheter har til aktivt å bevare hemmeligheten, skaffe seg oversikt over hemmelighetens bruk, og reagere på eventuelle inngrep, jf. fortalen punkt 23. Et vilkår for forretningshemmelighetens fortsatte eksistens er at opplysningene av innehaveren «under de givne omstændigheder [er] blevet underkastet rimelige foranstaltninger til hemmeligholdelse», jf. definisjonen av begrepet forretningshemmelighet i artikkel 2 nr. 1 bokstav c. De grunnleggende forventningene til tiltak fra innehaveren som følger av artikkel 2 nr. 1 bokstav c, gir seg også utslag i krav til aktivitet fra innehaveren for å skaffe seg oversikt over eventuelle inngrep i forretningshemmeligheter etter artikkel 8.

Fristens utgangspunkt bør derfor knyttes til tidspunktet da innehaveren fikk eller burde ha skaffet seg kunnskap om inngrepet og inngriperen. Det foreslås derfor en relativ frist som vil være parallell med fristene i foreldelsesloven §§ 9 og 10, men slik at kravet til kunnskap knytter seg til inngrepet og inngriperen.

Forslaget bygger på at kravet til kunnskap skal være det samme som kravet til søksmålsgrunnlag etter etablert praksis, blant annet etter foreldelsesloven

§ 9. Innehaveren må ha opplysninger som objektivt ville gitt foranledning til å gå til søksmål, jf. eksempelvis Rt. 1994 s. 190. At det foreligger søksmålsgrunnlag, innebærer ikke at saken på dette tidspunktet må være like opplyst som når saken står for retten. På det tidspunktet vil saksøker normalt ha et høyere kunnskapsnivå, og bevistilfanget er utvidet. Dette har en side til fastsettelsen av fristens lengde, og vil bli nærmere omtalt under punkt 8.4.4.

8.4.3 Fristens lengde

I forslaget settes foreldelsesfristen for krav etter loven til tre år. Fristens lengde samsvarer med fristen i foreldelsesloven § 9 første ledd.

Foreldelsesfristens lengde skal sikre behovet for rettslig avklaring og forutberegnelighet, samt gi innehaveren tilstrekkelig mulighet til å ivareta sine interesser.

Fristens lengde må ses i sammenheng med forholdene som utløser fristen, jf. drøftelsen over i punkt 8.4.2 om fristens utgangspunkt. Forslaget bygger på at foreldelsesfristen løper fra det tidspunktet innehaveren fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om inngrepet og inngriperen. Kravet til kunnskap innebærer at innehaver har tilstrekkelige opplysninger om forholdene i saken til å kunne gå til søksmål. Det kreves ikke at alle detaljene rundt kravet er klarlagt. Saker om inngrep i forretningshemmeligheter er ofte bevismessig kompliserte, og nødvendige saksforberedelser kan være både ressurs- og tidkrevende for saksøkeren selv etter at det foreligger tilstrekkelig søksmålsgrunnlag. Slik reglene er bygget opp kan det ikke forventes at innehaveren er klar til å reise sak første dag etter at fristen har begynt å løpe. Foreldelsesfristen vil gi innehaveren tid til å fremskaffe ytterligere bevismateriale om inngrepet, foreta vurderinger av prosessrisiko og på annen måte forberede eventuelle rettslige skritt.

Foreldelsesfristens lengde vil også dempe virkningene av den relativt strenge undersøkelsesplikten innehaveren har. For innehavere som ikke relativt raskt følger opp en begrunnet mistanke med tilstrekkelig undersøkelser og tiltak, vil foreldelsesfristen begynne å løpe før innehaveren har faktisk kunnskap om inngrepet. Ved at fristens lengde settes til tre år, vil innehavere som bruker lengre tid på å følge opp mistanker, fortsatt kunne ha mulighet til å gjøre sine krav gjeldende for domstolene.

Innehaverens interesser må imidlertid veies opp mot behov for rettslig klarhet og forutberegnelighet for den påståtte inngriperen og markedet ellers. Saker om inngrep i forretningshemmeligheter kan være svært forskjellige, både når det gjelder graden av skyld hos inngriperen, og hvor enkelt det er å konstatere at det foreligger et inngrep. I svært mange saker kreves det vanskelige avveininger, eksempelvis av grensedragningen mellom bruk av informasjon som utgjør en beskyttet forretningshemmelighet, og en tidligere arbeidstakers bruk av opparbeidet erfaring og subjektiv kunnskap.

Inngrepssaker vil etter sin natur ofte være beheftet med usikkerhet og prosessrisiko for begge parter. Den foreslåtte foreldelsesfristen, både tidspunktet for fristens utgangspunkt og dens lengde, skal gi innehaveren tilstrekkelig mulighet til å foreta forsvarlige vurderinger av berettigelsen og hensiktsmessigheten av eventuelle rettslige skritt.

8.5 Spørsmål om absolutt foreldelsesfrist

Det foreslås ingen egen bestemmelse om absolutt foreldelsesfrist i tillegg til den foreslåtte relative fristen. For krav på erstatning og økonomisk kompensasjon vil den absolutte foreldelsesfristen i foreldelsesloven § 9 annet ledd få anvendelse, jf. foreldelsesloven § 30. I tråd med foreldelsesreglene her vil krav på erstatning og økonomisk kompensasjon foreldes senest 20 år etter at inngrepet opphørte.

Den foreslåtte løsningen i forslaget samsvarer med tilnærmingen i den danske og svenske gjennomføringslovgivningen som innfører ulike fristregler for henholdsvis krav om erstatning og økonomisk kompensasjon og krav om øvrige håndhevingsmidler. Både den danske og den svenske gjennomføringen av artikkel 8 åpner for en absolutt foreldelsesfrist for krav om erstatning som følge av inngrep. For andre håndhevingsmidler oppstilles ingen absolutt søksmålsfrist i den danske loven om forretningshemmeligheter § 14. Det samme gjelder den svenske lagen om företagshemligheter § 24 som ikke inneholder noen absolutt preskripsjonsfrist for adgangen til å fremme krav om forbud eller andre tiltak. I konkrete tilfeller der erstatningsansvar for inngrepshandlinger som ligger langt tilbake i tid vil virke urimelig tyngende for inngriperen, vil den alminnelige lempingsregelen i skadeerstatningsloven § 5-2 kunne anvendes.

9 Bevaring av konfidensialitet i forbindelse med rettslige prosesser

9.1 Gjeldende rett

Hovedregelen i norsk rett er at rettsmøter er offentlige, og at forhandlinger og rettsavgjørelser kan gjengis offentlig, hvis ikke annet er bestemt i lov eller av retten i medhold av lov, jf. domstoloven § 124 første ledd, jf. også Grunnloven § 95 første ledd annet punktum.

I saker hvor det føres bevis som dekkes av bevisfritaket for forretnings- eller driftshemmeligheter i tvisteloven § 22-10, gir tvisteloven § 22-12 regler om taushetsplikt og bevisføring for lukkede dører. Føres et bevis som avslører en forretningshemmelighet med samtykke fra en part eller et vitne som har tilgang til beviset, følger det av § 22-12 første ledd at retten skal pålegge de tilstedeværende taushetsplikt med mindre noe annet følger av samtykket. Om retten pålegger taushetsplikt, skal beviset føres for lukkede dører.

Hvis et bevis om forretningshemmeligheter føres etter pålegg fra retten, har retten en skjønnsmessig adgang til å pålegge taushetsplikt og bestemme at muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører, jf. tvisteloven § 22-12 annet ledd.

Pålegg om føring av bevis som røper en forretningshemmelighet, skal kun gis når retten finner det påkrevd etter en konkret avveining jf. tvisteloven § 22-10. Terskelen for slikt pålegg er høy. I Rt. 2003 s. 1215 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg følgende om den tilsvarende bestemmelsen i tvistemålsloven § 209:

«Utvalget bemerker at pålegg om fremleggelse av dokumenter som inneholder forretnings- eller driftshemmeligheter, bare kan gis når retten etter en avveining av de motstridende interesser finner det «påkrevd». Dette innebærer at et slikt pålegg må være sterkt begrunnet, og det gjelder ikke minst når det er tale om å gi opplysningene til en konkurrent.»

I Schei mfl., Kommentaarutgave til tvisteloven (2. utgave) side 891 forutsettes det at kjennelse om taushetsplikt og lukkede dører er den klare hovedregelen ved pålegg om føring av bevis som inneholder forretningshemmeligheter.

Rettens plikt og adgang til å avsi kjennelse etter tvisteloven § 22-12 gjelder også bevis som føres ved skriftlig behandling, samt bevisføring under saksforberedelsen i saker som behandles muntlig, jf. NOU 2001:32 B side 956, samt Rt. 2009 side 125 avsnitt 25.

Beslutning om lukkede dører og pålegg om taushetsplikt har de samme virkningene som pålegg etter domstoloven § 128. Pålegg om taushetsplikt om opplysninger som gjengis i domsgrunnene, innebærer at disse delene skal utelates i offentlige utskrifter av dommen. Taushetsplikten er ikke begrenset til offentlig eller skriftlig gjengivelse, men omfatter også privat og muntlig gjengivelse. Brudd på taushetsplikten kan straffes med bøter etter domstoloven § 199.

En særskilt taushetspliktregele for dommere og andre som utfører tjeneste eller arbeid for et dommerkontor, følger av domstoloven § 63a. Etter denne bestemmelsen omfatter taushetsplikten det som slike personer i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold, og som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår. Etter bestemmelsens annet ledd, med henvisning til forvaltningsloven §§ 13 til 13 e, gjelder også taushetsplikten etter at vedkommende har avsluttet tjenesten eller arbeidet. Personene kan heller ikke utnytte opplysninger som nevnt i denne paragrafen i egen virksomhet, eller i tjeneste eller arbeid for andre, jf. forvaltningsloven § 13 tredje ledd.

Taushetsplikten etter domstoloven § 63a er imidlertid snevrere enn den som pålegges av retten etter tvisteloven § 22-12, ettersom førstnevnte bestemmelse ikke dekker opplysninger som kommer frem i et rettsmøte eller

en rettsavgjørelse, jf. domstoloven § 63a tredje ledd. Se omtale av bestemmelsen i Ot.prp. nr. 55 (1997–98) s. 67 og rundskriv G-22/01 Om offentlighet i rettspleien punkt 5.3. Taushetsplikten etter domstoloven § 63a gjelder heller ikke opplysninger som fremkommer i de delene av et saksdokument som allmennheten kan gis innsyn i etter reglene om offentlighet og innsynsrett i tvisteloven kapittel 14.

I saker om patentrettigheter kan retten i medhold av patentloven § 65 fastsette at offentligheten av hensyn til en parts eller et vitnes drifts- eller forretningshemmeligheter, skal utelukkes fra forhandlingene. Bestemmelsen sammenfaller med reglene i tvisteloven § 22-12 annet ledd.

For øvrig vil advokaters generelle taushetsplikt også kunne omfatte opplysninger om forretningshemmeligheter som advokater får tilgang til i forbindelse med rettsprosesser. En advokat som «uberettiget røper hemmeligheter som er betrodd dem [...] i anledning av stillingen eller oppdraget», kan sanksjoneres etter straffeloven § 211.

Aktører i en rettssak som oppnår kunnskap om en forretningshemmelighet i anledning av deres utførelse av et oppdrag for innehaveren av hemmeligheten, vil også kunne straffes etter straffeloven § 207 dersom de uberettiget gjør bruk av forretningshemmeligheten eller gjør den kjent for en annen med forsett om å sette noen i stand til å dra nytte av den. Straffeansvaret vil blant annet gjelde for medhjelpere som er engasjert av partene, slik som advokater og sakkyndige vitner.

9.2 Direktivet artikkel 9

Direktivet artikkel 9 gir regler om vern av forretningshemmeligheter i forbindelse med rettssaker.

Det følger av direktivet artikkel 9 nr. 1 at medlemsstatene skal sikre at personer som medvirker under rettssaker om inngrep i forretningshemmeligheter, eller som har adgang til dokumenter i en pågående rettssak om forretningshemmeligheter, forbys å bruke eller formidle disse. Bestemmelsen nevner særlig partene, deres advokater eller andre representanter, rettspersonalet, vitner og sakkyndige. Forbudet gjelder opplysninger som domstolen har identifisert som fortrolige, og det dekker bare forretningshemmeligheter personene har blitt kjent med gjennom medvirkning i saken, eller gjennom adgang til dokumenter i saken.

Etter artikkel 9 nr. 1 første ledd kan en beslutning om taushetsplikt treffes etter anmodning fra innehaveren av den påståtte forretningshemmeligheten, men medlemsstatene kan også fastsette at retten kan pålegge taushetsplikt av eget initiativ.

Utgangspunktet er at taushetsplikten gjelder også etter at rettssaken er avsluttet, jf. artikkel 9 nr. 1 annet ledd. Bestemmelsen oppstiller to unntak fra dette. For det første skal forbud mot bruk og formidling av opplysningene

opphøre hvis en endelig rettsavgjørelse konstaterer at opplysningene ikke utgjorde en forretningshemmelighet etter definisjonen i direktivet artikkel 2 nr. 1. For det andre skal slike forbud opphøre dersom opplysningen over tid blir alminnelig kjent eller umiddelbart tilgjengelig for personer som normalt arbeider med denne typen opplysninger. Opplysningene vil da ikke lenger utgjøre forretningshemmeligheter etter legaldefinisjonen i direktivet artikkel 2 nr. 1. Det er ikke et krav etter direktivet at bortfall av taushetsplikt etter det sistnevnte alternativet må stadfestes gjennom en separat rettsavgjørelse.

Etter artikkel 9 nr. 2 skal medlemsstatene sikre at domstolene i saker om inngrep i forretningshemmeligheter kan treffe tiltak som er nødvendige for å beskytte forretningshemmeligheter under rettssaken. Direktivet lister opp tre konkrete tiltak som retten minst skal ha mulighet til å benytte. For det første skal retten ha mulighet til å helt eller delvis begrense adgangen til dokumenter med forretningshemmeligheter, eller påståtte forretningshemmeligheter, som partene eller tredjeparter har inngitt, til et begrenset antall personer (bokstav a). For det andre skal retten kunne begrense adgangen til rettsmøter til et begrenset antall personer når det er mulig at forretningshemmeligheter, eller påståtte forretningshemmeligheter, vil bli formidlet. Tilsvarende gjelder protokoll eller utskrift fra rettsmøtet (bokstav b). For det tredje skal retten kunne utarbeide offentlige versjoner av rettsavgjørelser hvor de delene av en avgjørelse som inneholder forretningshemmeligheter, er fjernet eller redigert bort (bokstav c).

Det følger videre av artikkel 9 nr. 2 siste ledd at personkretsen som gis adgang til rettsmøter og bevismateriale, ikke skal være større enn det som er nødvendig for å sikre sakens parter effektive rettsmidler og en rettferdig rettergang. For å ivareta disse hensynene skal personkretsen i det minste inkludere en representant for hver av partene, i tillegg til partenes advokater eller andre representanter for partene. Når det gjelder kategorien «andre representanter» viser fortalen punkt 25 til at denne gruppen skal gis adgang hvis det er relevant for saken og representanten er «adekvat kvalifisert» til å forsvare, representere eller tjene interessene til en av partene. Hvis en av partene i saken er en juridisk person, skal denne kunne utpeke en eller flere fysiske personer som skal representere seg i saken. Fortalen viser til at retten til å utpeke slike personlige representanter skal være gjenstand for adekvat domstolskontroll for at hindre at formålet bak reglene undergraves.

Artikkel 9 nr. 3 viser til at når retten treffer en avgjørelse etter artikkel 9 nr. 2 og vurderer rimeligheten av slike tiltak, skal retten ta hensyn til behovet for å sikre adgangen til effektive rettsmidler og en rettferdig rettergang, til partene og eventuelle tredjeparters legitime interesser og til eventuelle skadevirkninger for disse dersom en anmodning etterkommes eller avvises. Bestemmelsen må ses i sammenheng med det generelle kravet til proporsjonalitet ved anvendelsen av håndhevingsreglene i direktivet, jf. artikkel 7 nr. 1 bokstav a.

Videre følger det av artikkel 9 nr. 4 at behandling av eventuelle personopplysninger i henhold til artikkel 9 nr. 1 til nr. 3 skal gjennomføres i overensstemmelse med direktiv 95/46/EF (personverndirektivet). Ved innlemmelsen av forordning (EU) nr. 2016/679 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (generell personvernforordning) i EØS-avtalen, er henvisningen til personverndirektivet erstattet med en henvisning til forordningen, jf. forordningen artikkel 94 nr. 2.

9.3 Regelverket i Sverige og Danmark

I Sverige er direktivet artikkel 9 i hovedsak gjennomført gjennom den svenske offentlighets- og sekretesslagen kapittel 36 § 2 og lag om företagshemligheter § 7 første ledd. Etter kapittel 36 § 2 i offentlighets- og sekretesslagen skal det gjelde et generelt krav til hemmelighold for opplysninger som utveksles og behandles av domstolene om myndigheters, private rettssubjekters eller forskningsinstitusjoners forretnings- eller driftsforhold dersom det kan antas at den som opplysningen vedrører, vil lide betydelig skade dersom opplysningen avsløres. Hemmelighold innebærer et forbud mot avsløring og formidling uavhengig av om dette skjer muntlig eller på annen måte. Bestemmelsens generelle tidsbegrensning for hemmelighold på 20 år gjelder ikke for forretningshemmeligheter som fremkommer i rettstvister om inngrep eller nært forestående inngrep i forretningshemmeligheter. I slike saker skal hemmeligholdet gjelde så lenge det ikke foreligger rettskraftig avgjørelse som fastslår at opplysningen ikke oppfyller kravene til en forretningshemmelighet. Etter § 7 første ledd i lag om företagshemligheter vil forsettlig eller uaktsom avsløring eller bruk av forretningshemmelighet av en part eller partsrepresentant som har fått kunnskap om forretningshemmeligheten gjennom en rettsavgjørelse, medføre erstatningsansvar for den skade som handlingen medfører. Etter bestemmelsens annet ledd gjelder det samme for dem som er blitt meddelt en forretningshemmelighet av en part eller partsrepresentant under en rettslig prosess, og som forsettlig eller uaktsomt avslører eller bruker forretningshemmeligheten. Det følger videre av bestemmelsens tredje ledd at et slikt erstatningsansvar også gjelder for dem som uaktsomt eller forsettlig avslører eller bruker en forretningshemmelighet som vedkommende har fått tilgang til gjennom en domstolsforhandling for lukkede dører.

I Danmark er artikkel 9 gjennomført i kapittel 3 i lov om forretningshemmeligheder, hvor § 6 gjennomfører artikkel 9 nr. 1 og § 7 gjennomfører artikkel 9 nr. 2. Etter § 6 første ledd kan den som er blitt kjent med opplysninger som retten har identifisert som forretningshemmeligheter, gjennom offentlig tjenesteforhold eller verv i forbindelse med rettsak om inngrep i forretningshemmeligheter, ilegges straffeansvar etter straffeloven §§ 152 til 152 f, med fengsel i inntil 6 måneder, ved uberettiget bruk eller

formidling av forretningshemmeligheten. Etter annet ledd gjelder første ledd tilsvarende for advokater og ansatte ved advokatkontorer. Etter tredje ledd kan samme overtredelse foretatt av personer utenfor personkretsen omfattet av første og annet ledd straffes med bøter.

Straffeansvaret etter samtlige ledd opphører å gjelde dersom retten senere kommer frem til at de aktuelle opplysningene ikke oppfyller vilkårene for forretningshemmeligheter, eller hvis opplysningene blir alminnelig kjent eller umiddelbart tilgjengelig for personer i kretser som normalt beskjeftiger seg med den aktuelle typen av opplysninger.

Domstolene vil ha generell adgang til å treffe egnede avgjørelser for å begrense adgangen til rettsmøter og rettsdokumenter etter retsplejelovens kapittel 2, kapittel 3 a og § 339. Det presiseres i § 7 at retten i saker om inngrep i forretningshemmeligheter skal ta hensyn til følgende momenter før den treffer slik avgjørelse: behovet for å sikre tilgang til effektive rettsmidler og en rettferdig rettergang, partenes og relevante tredjeparters legitime interesser, og den eventuelle skade som partene og relevante tredjeparter kan lide som følge av at anmodningen om avgjørelse etterkommes eller avvises.

9.4 Forslaget

9.4.1 Generell regulering av forretningshemmeligheter i rettsprosesser

Forslaget legger opp til en rekke mindre endringer i tvisteloven § 22-12 som ikke er begrenset til saker som gjelder påståtte inngrep i forretningshemmeligheter, men som vil gjelde i alle rettsprosesser der bevis som inneholder forretningshemmeligheter føres. De foreslåtte endringene vil dermed gå noe lenger enn det som kreves av artikkel 9, som er begrenset til rettslige prosesser om inngrep i forretningshemmeligheter.

De foreslåtte endringene er ikke omfattende, og innehavere av forretningshemmeligheter som gir tilgang til hemmelighetene i forbindelse med en rettsprosess som ikke knytter seg til en inngrepsprosess, vil kunne ha samme beskyttelsesbehov som partene i en inngrepsprosess.

9.4.2 Forbud mot formidling

Det foreslås at det inntas et nytt tredje ledd i tvisteloven § 22-12 som klargjør at det skal gis pålegg om taushetsplikt og lukkede dører i saker der det føres bevis som inneholder forretningshemmeligheter, jf. tvisteloven § 22-10.

Tvisteloven § 22-12 sonderer mellom bevis som føres med og uten samtykke av parten eller vitnet som disponerer beviset. Dersom det foreligger et slikt samtykke, skal retten gi pålegg om taushetsplikt, jf. tvisteloven § 22-12 første ledd. Noen plikt til å pålegge taushetsplikt gjelder derimot ikke når bevis som inneholder forretningshemmeligheter, føres etter pålegg fra retten etter tvisteloven § 22-12 annet ledd. Rettens adgang til å gi pålegg om taushetsplikt

er da kun skjønnsmessig, men det synes å være den rådende oppfatningen i juridisk teori at pålegg om taushetsplikt vil være hovedregelen. En slik rettsoppfatning vil ikke være tilstrekkelig til å gjennomføre artikkel 9 nr. 1, som forutsetter en absolutt regel, uavhengig av om et bevis er ført med eller uten samtykke. Det foreslås derfor et nytt tredje ledd i tvisteloven § 22-12 som gjenspeiler dette.

Ettersom vernet for forretningshemmeligheter ikke gir noen enerett til opplysninger, kan det oppstå situasjoner hvor aktører i en rettssak, for eksempel sakkyndige vitner, fra før av har fullstendig eller delvis kunnskap om flere av sakens forretningshemmeligheter, uten at disse av den grunn mister sitt vern. Taushetsplikten etter artikkel 9 nr. 1 første ledd er begrenset til forretningshemmeligheter som er tilegnet i forbindelse med rettslige prosesser, og den omfatter derfor ikke opplysninger om forretningshemmeligheter som aktørene i saken har fått gjennom andre kilder. Et pålegg om taushetsplikt vil derfor ikke gjelde for aktører som kan dokumentere sin kunnskap om forretningshemmeligheten fra andre kilder enn gjennom involvering i den aktuelle rettsprosessen.

Twisteloven § 22-12 inneholder ingen uttrykkelig begrensning av et pålegg om taushetsplikt i tilfeller der det kan vises til forutgående kunnskap om den aktuelle forretningshemmeligheten, men det er naturlig å innfortolke en slik begrensning i taushetsplikten ut fra bestemmelsens formål og begrunnelse. I en konkret situasjon vil det være opp til den som påberoper seg forutgående kunnskap om forretningshemmeligheten, å dokumentere dette, og slike spørsmål vil kunne inngå som en del av rettens vurderinger før det avsies en kjennelse om taushetsplikt. På tilsvarende måte vil den rettspålagte taushetsplikten heller ikke omfatte opplysninger om forretningshemmeligheter som aktøren mottar gjennom andre kilder i etterkant av rettssaken.

9.4.3 Forbud mot bruk

Forslaget legger opp til at det i nytt tredje ledd i tvisteloven § 22-12 klargjøres at kjennelse om taushetsplikt i saker om forretningshemmeligheter også innebærer et forbud mot bruk av den aktuelle forretningshemmeligheten.

I tillegg til å kreve forbud mot formidling av forretningshemmeligheter som tilegnes under en rettssak, oppstiller direktivet artikkel 9 nr. 1 også krav om regler som forbyr *bruk* av slike forretningshemmeligheter. Pålegg om taushetsplikt etter tvisteloven § 22-12 vil riktignok forhindre at forretningshemmeligheter brukes på en måte som samtidig innebærer at disse formidles til andre, for eksempel ved omsetning av varer som forretningshemmeligheten kan utledes fra ved omvendt utvikling. Derimot rammer bestemmelsen ikke annen bruk av opplysningene i egen virksomhet eller i tjeneste eller arbeid for andre, slik som eksempelvis forvaltningsloven § 13 tredje ledd. Et forbud mot å utnytte opplysningene følger riktignok av

domstollosen § 63a annet ledd jf. forvaltningsloven § 13 tredje ledd, men bestemmelsen vil ikke dekke opplysninger som kommer frem i et rettsmøte eller en rettsavgjørelse, selv når beviset føres for lukkede dører.

Forbud i artikkel 9 nr. 1 mot etterfølgende bruk av opplysningene som noen har tilegnet under en rettslig prosess, kan derfor synes å kreve en selvstendig gjennomføring. Gode grunner kan også tale for at næringsdrivende som ser seg nødt til å gi tilgang til forretningshemmeligheter i forbindelse med rettslige prosesser, skal nyte et vern mot etterfølgende bruk av hemmeligheten som rekker noe lenger enn det som i dag følger av markedsføringsloven § 28 og tvisteloven § 22-12. Formidling av forretningshemmeligheter som skjer i forbindelse med bevisføring, vil kunne sette de tilstedeværende i stand til å bruke forretningshemmeligheten. Opplysningene er gjort kjent for andre under omstendigheter hvor innehaveren selv ikke kan ivareta sine interesser gjennom kontraktsregulering mv. Selv om en etterfølgende bruk ikke skjer i næringsvirksomhet, vil bruken redusere innehavers kontroll over forretningshemmeligheten og kunne danne grunnlag for senere bruk i næringsvirksomhet. For innehaveren vil en taushetsplikt som kun omfatter formidling, bare gi begrenset beskyttelse, særlig overfor konkurrenter som kan nyttiggjøre seg opplysningene internt, og hvor det vil kunne være uklart om opplysningen utnyttes i næringsøyemed. Det er vanskelig å se tungtveiende argumenter mot et forbud mot utnyttelse av opplysningene i disse tilfellene. Overtredelse av ilagt bruksforbud etter forslaget vil innebære et inngrep i forretningshemmeligheten, jf. direktivet artikkel 4 nr. 3 bokstav c og forslagets § 3 fjerde ledd. En slik regel vil gi innehaveren et ytterligere vern i forbindelse med en rettssak og dempe risikoen ved å forfølge inngrep.

Hvis en aktør i en rettssak har kunnskap om forretningshemmeligheten fra en annen kilde, vil bruksforbudet ikke gjelde denne, jf. omtale av tilsvarende problemstilling i punkt 9.4.1.

9.4.4 Forbudets varighet og opphør

Det foreslås inntatt et nytt fjerde ledd i tvisteloven § 22-12 som regulerer varigheten av ilagt taushetsplikt og bruksforbud. Bestemmelsen innebærer en ordlydsnær gjennomføring av direktivet artikkel 9 nr. 1 annet ledd.

Utgangspunktet etter tvisteloven § 22-12 er at pålegg om taushetsplikt gjelder inntil videre så lenge annet ikke blir bestemt. Så lenge pålegget ikke sier noe om taushetspliktens varighet må det avsies en ny kjennelse eller dom for at denne skal opphøre.

Direktivet artikkel 9 nr. 1 annet ledd første punktum oppstiller en hovedregel om at formidlings- og bruksforbud som pålegges etter artikkel 9 nr. 1 første ledd, også vil gjelde etter at saken er avsluttet. Direktivet artikkel 9 nr. 1 annet ledd annet punktum oppstiller to grunnlag for opphør av disse virkningene. Etter bokstav a vil slikt opphør skje dersom en rettskraftig

avgjørelse finner at den påståtte forretningshemmeligheten likevel ikke utgjør en forretningshemmelighet, jf. vilkårene i artikkel 2 nr. 1.

Etter bokstav b skal formidlings- og bruksforbud også opphøre dersom opplysninger som utgjorde forretningshemmeligheter da pålegget om taushetsplikt ble gitt, i ettertid blir alminnelig kjent eller lett tilgjengelig slik at opplysningene ikke lenger utgjør en forretningshemmelighet, jf. artikkel 2 nr. 1.

Selv om ordlyden i bokstav a ikke er begrenset til avgjørelse i samme sak eller mellom de samme partene, må det legges til grunn at det i hovedsak er disse tilfellene bestemmelsen omhandler. Bestemmelsen skal sikre at pålegg om taushetsplikt oppheves hvis retten finner at opplysningene ikke utgjør forretningshemmeligheter. Hvis samme rettsavklaring gis i en annen, men nært tilknyttet sak, kan det imidlertid ikke utelukkes at det vil være tilstrekkelig til opphør av taushetsplikt. Den som anser at taushetsplikten er opphørt på grunn av en rettskraftig avgjørelse i en annen sak, bærer selv risikoen for at avgjørelsene omhandler samme opplysninger. I en slik situasjon vil det være mulig å fremme begjæring om opphør av taushetsplikt for den domstolen som ila det opprinnelige pålegget.

Også den som velger å anse et formidlings- og bruksforbud som opphørt etter bokstav b uten en endelig kjennelse eller dom som fastslår dette, vil løpe en betydelig risiko, med mindre bruken eller formidlingen er basert på opplysninger som fremkommer direkte av offentlig tilgjengelige kilder.

Brudd på ilagt taushetsplikt og bruksforbud vil innebære et inngrep i en forretningshemmelighet etter forslaget § 3 annet ledd bokstav c, og være gjenstand for reaksjoner og sanksjoner etter §§ 6, 7, 9, 10 eller 11.

9.4.5 Begrensning av personkrets

Forslaget legger opp til at det i nytt tredje ledd i tvisteloven § 22-12 inntas en bestemmelse som gir retten en adgang til å begrense antallet rettslige medhjelpere og sakkyndige vitner som partene kan benytte i saker om påståtte inngrep i forretningshemmeligheter.

Direktivet artikkel 9 nr. 2 første og annet ledd stiller krav om tiltak som begrenser personkretsen med tilgang til forretningshemmeligheter i forbindelse med rettslige prosesser om påståtte inngrep i forretningshemmeligheter. Kravene er til en viss grad ivaretatt av reglene i tvisteloven § 22-12. En kjennelse om lukkede dører og taushetsplikt vil begrense personkretsen som får tilgang til de aktuelle forretningshemmelighetene til aktører tilknyttet domstolene, herunder rettsoppnevnte aktører, samt partene og deres medhjelpere i saken. Beslutning om lukkede dører og pålegg om taushetsplikt har som nevnt de samme virkningene som pålegg etter domstolloven § 128. Taushetsbelagte opplysninger som gjengis i domsgrunnene, skal utelates i offentlige utskrifter av dommen.

Direktivet artikkel 9 nr. 2 tredje ledd krever imidlertid at antall partsmedhjelpere som gis adgang til rettsmøter og bevisføring, skal være begrenset til det som er nødvendig for å sikre partenes rett til effektivt rettsmiddel og rettfærdig rettergang. Med unntak av tvisteloven § 3-1 annet ledd og begrensningen der i partenes adgang til å ha mer enn én prosessfullmektig om gangen, inneholder gjeldende rett ingen generelle begrensninger i antallet medhjelpere som en part kan involvere i en rettsvist. Dette gjelder blant annet partens adgang til å tilby vitner «som i vesentlig grad bistår eller har bistått en part i det forhold saken gjelder», jf. tvisteloven § 24-6 annet ledd, og som i alminnelighet tillates å følge hele forhandlingen når parten begjærer det. Det følger imidlertid av de relativt snevre vilkårene i bestemmelsen at det kun vil være et begrenset antall personer som vil oppfylle disse. Når det gjelder øvrige medhjelpere, slik som rettslige medhjelpere etter tvisteloven § 3-7, samt sakkyndige vitner som kan følge forhandlingene i sin helhet etter tvisteloven § 25-6, står partene i utgangspunktet fritt til å la seg bistå av det antallet personer de finner nødvendig. Retten kan imidlertid ta i betraktning behovet for rettslige medhjelpere og involvering av sakkyndige vitner ved avgjørelsen av sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. Retten vil også kunne bestemme at bare én rettslig medhjelper skal kunne få ordet under forhandlingene.

Det er uklart om adgangen til å benytte rettslige medhjelpere og sakkyndige vitner etter gjeldende rett går lenger enn det direktivet artikkel 9 nr. 2 tredje ledd tillater. Det foreslås derfor at domstolene gis uttrykkelig adgang til å begrense antallet rettslige medhjelpere og sakkyndige vitner som partene kan involvere i en rettslig prosess til det som retten anser som nødvendig. Det forutsettes at adgangen brukes med forsiktighet ettersom saker om forretningshemmeligheter ofte reiser kompliserte rettslige og faktiske spørsmål som retten ikke vil ha den fulle oversikt over under saksforberedelsen. Det vil derfor kunne være vanskelig for retten å ta stilling til partenes og sakens behov for partsmedhjelpere.

Det legges til grunn at det ikke vil være nødvendig med ytterligere endringer i tvisteloven § 22-12 for å oppfylle kravene etter direktivet artikkel 9 nr. 3. Et pålegg om tiltak foreskrevet av direktivet artikkel 9 nr. 2 vil måtte skje i henhold til de generelle kravene i tvisteloven § 1-1, samt oppfylle kravene til blant annet rettfærdig rettergang og tilgang til effektive rettsmidler som fremgår av artikkel 6 og 13 i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), jf. menneskerettsloven § 2 nr. 1, jf. § 3.

9.4.6 Endringer i straffeprosessloven § 124

Det foreslås endringer i straffeprosessloven § 124 som gjenspeiler de foreslåtte endringene i tvisteloven § 22-12 tredje og fjerde ledd, og som vil holde det straffeprosessuelle vernet for forretningshemmeligheter på samme nivå som vernet i sivile saker om inngrep i forretningshemmeligheter.

10 Midlertidig forføyning

10.1 Gjeldende rett

Etter tvisteloven kapittel 34, jf. kapittel 32, kan domstolene treffe avgjørelse om midlertidig forføyning etter begjæring fra en innehaver av en forretningshemmelighet for å beskytte vedkommendes posisjoner inntil en påstand om inngrep kan avgjøres ved rettskraftig dom.

Etter tvisteloven § 34-2 første ledd første punktum kan midlertidig forføyning bare beslutes når hovedkravet og sikringsgrunnen er sannsynliggjort. For at et hovedkrav skal anses sannsynliggjort, må saksøkeren dokumentere at foreligger en forretningshemmelighet som vedkommende er innehaver av, og at saksøktes handlinger representerer et eksisterende eller forestående inngrep i forretningshemmeligheten.

Når det gjelder kravet til sikringsgrunn, oppstiller tvisteloven § 34-1 første ledd to alternativer. Saksøkeren må enten sannsynliggjøre at saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, eller at det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, eller for å hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for. Det siste alternativet vil ikke være relevant i saker om inngrep i forretningshemmeligheter.

Etter tvisteloven § 34-2 annet ledd kan midlertidig forføyning beslutes selv om hovedkravet ikke er sannsynliggjort når det er fare ved opphold. Sikringsgrunn må imidlertid fortsatt sannsynliggjøres.

Det foreligger i prinsippet ingen plikt for domstolene til å avsi kjennelse om midlertidig forføyning selv om både hovedkrav og sikringsgrunn er sannsynliggjort. Hvorvidt forføyning skal beslutes eller ikke vil bero på et konkret skjønn, og forføyning kan uansett ikke beslutes dersom den skade eller ulempe som saksøkte vil bli påført, står i åpenbart misforhold til saksøkers interesse i at forføyning blir besluttet, jf. tvisteloven § 34-1 annet ledd.

Etter tvisteloven § 34-3 første ledd kan en midlertidig forføyning gå ut på at saksøkte skal unnlate, foreta eller tåle en handling, eller at et formuesgode skal settes ut av saksøktes besittelse og tas under forvaring eller bestyrelse. Forføyningen trenger ikke gå ut på noe som det ville kunne kreves dom for i søksmål om hovedkravet, se Rt. 1999 side 1762. En eventuell forføyning kan også bestå av en kombinasjon av de ulike alternativene som fremgår av tvisteloven § 34-3 første ledd. I saker om forretningshemmeligheter vil dette for eksempel kunne innebære pålegg om stans i salg og markedsføring av varer og tjenester som utgjør inngrep i forretningshemmeligheter, samt

pålegg om utsendelse av krav om hemmelighold til kommersielle samarbeidspartnere.

Ved valg av forføyning kan retten ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å tilfredsstille behovet for midlertidig sikring i den aktuelle saken. Prop. 81 L (2012–2013) Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene) utdyper dette i sin omtale av tvisteloven § 34-3 på side 29:

«Det vil ikke være anledning til å velge irreversible forføyninger, som f.eks. ødeleggelse eller utlevering til rettighetshaver av produkter eller materiale og hjelpemidler, selv om slike tiltak kan besluttet som forebyggende tiltak i en endelig dom i saken». En ytterligere begrensning i saker om inngrep i immaterielle rettigheter fremkommer på samme sted i proposisjonen når det legges til grunn at retten ikke kan gi midlertidig forføyning som består i at saksøkte gis tillatelse til utnyttelse av rettighetens gjenstand mot vederlag. Dette gjelder selv om det i en hovedsak ville kunne vært adgang til å gi slik tillatelse, eksempelvis etter patentloven §§ 46 til 50. Slik tillatelse kan bare gis i sak som behandles i søksmålsformer. At vilkårene for å gi tillatelse til utnyttelse er oppfylt, vil imidlertid kunne føre til at kravet om midlertidig forføyning må avslås som åpenbart uforholdsmessig, jf. tvisteloven § 34-1 annet ledd.»

Domstolene er tillagt et vidt skjønn i saker om midlertidig forføyning og vil kunne balansere partenes interesser gjennom å fastsette de forholdsregler som retten finner påkrevet i den enkelte sak, jf. tvisteloven § 34-3 annet ledd. Blant annet kan retten gi bestemmelser om forføyningens ikrafttredelse og varighet, samt pålegge saksøkeren å stille økonomisk sikkerhet for den skade som saksøkte vil kunne bli påført som følge av forføyningen, som vilkår for forføyningens ikrafttredelse og gjennomføring. Etter § 34-3 annet ledd siste punktum kan retten også beslutte at saksøkte kan avverge ikrafttredelse og gjennomføringen av forføyningen ved å stille sikkerhet for mulig erstatning til saksøkeren.

Retten kan også, enten i avgjørelsen om midlertidig forføyning eller på saksøktes begjæring i en senere avgjørelse, sette en frist for saksøkeren for å reise søksmål om hovedkravet, jf. tvisteloven § 34-3 tredje ledd

Kjennelse om midlertidig forføyning kan normalt først treffes etter at det har vært gjennomført muntlige forhandlinger, jf. tvisteloven § 32-7 første ledd. Det fremgår av § 32-7 annet ledd at kjennelse om midlertidig sikring kan treffes uten muntlig forhandling dersom det foreligger en kvalifisert sikringsgrunn i form av fare ved opphold. I slike tilfeller kan midlertidig forføyning treffes uten muntlige forhandlinger, og bare basert på saksøkers begjæring. Det er imidlertid mulig for saksøkte å inngi «tilsvar» til begjæringen etter eget initiativ dersom vedkommende blir gjort kjent med begjæringen.

Hvis midlertidig forføyning er besluttet uten muntlige forhandlinger, kan partene og enhver annen som rammes, kreve etterfølgende muntlig

forhandling, jf. tvisteloven § 32-8 første ledd. Saksøkte skal også opplyses om sin rett til å kreve muntlig forhandling, jf. tvisteloven § 34-3 fjerde ledd.

Twisteloven § 34-7 og tolloven kapittel 15 inneholder særregler om tilbakehold av varer som er under tollmyndighetens kontroll, når innførsel eller utførsel av varene vil utgjøre et inngrep i en immaterialrettighet. Bestemmelsen får kun anvendelse på immaterialrettigheter nevnt i tvisteloven § 28 A-1 tredje ledd første punktum. Forretningshemmeligheter faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde og forføyning etter tvisteloven § 34-7, og tolloven kapittel 15 kan ikke benyttes for å sikre forretningshemmeligheter.

Ved oppheving eller bortfall av midlertidig forføyning som skyldes at saksøkerens krav ikke bestod da forføyningen ble besluttet, plikter saksøkeren å erstatte den påregnelige skade som saksøkte har lidt som følge av sikringen eller ved de skritt som har vært nødvendige for å avverge sikringen eller å få den opphevet, jf. tvisteloven § 32-11 første ledd. Det samme gjelder dersom det viser seg at begjæringen for øvrig var ugrunnet som følge av at det under saken forsettlig eller uaktsomt ble gitt uriktige eller villedende opplysninger om sikringsgrunnen. Erstatningsansvaret omfatter imidlertid ikke situasjoner der forføyningen bortfaller som følge av etterfølgende omstendigheter, eksempelvis når saksøkeren unnlater å stille sikkerhet eller reise søksmål innen fastsatt frist, jf. tvisteloven § 34-6.

Uttrykket «skade» sikter til det økonomiske tapet som den midlertidige forføyningen har forvoldt. Bestemmelsen gir ingen generell adgang til å gi saksøkte oppreisning for tort og annen skade av ikke-økonomisk art. Erstatningsansvaret etter § 32-11 første ledd første punktum dekker to ulike tapsposter. For det første de økonomiske konsekvensene forføyningen har hatt for saksøkte, og for det andre kostnader forbundet med «de skritt som har vært nødvendige for å avverge sikringen eller få den opphevet».

Det strenge erstatningsansvaret har sammenheng med den ekstraordinære karakteren midlertidige forføyninger har, jf. spesialmerknader til bestemmelsen (tidligere i tvangfullbyrdelsesloven § 3-5) i Ot. prp. nr. 65 (1990–91) Om lov om tvangfullbyrding og midlertidig sikring (tvangfullbyrdingsloven). Det klare utgangspunktet er at en part som mener seg utsatt for urettmessigheter og som ønsker å få stadfestet sin rett av domstolene, må fremme sin sak gjennom et ordinært søksmål. Hvis saksøkeren ikke først skaffer seg tvangsgrunnlag, er det mest rimelig at saksøker har risikoen dersom det skulle vise seg at kravet likevel ikke bestod. I tillegg kommer det inn et prevensjonshensyn. De fleste vil avholde seg fra i utide å kreve midlertidig forføyning dersom de blir holdt ansvarlig hvis kravet ikke er til. Preventive hensyn og risikobetraktninger gir ikke grunnlag for et objektivt ansvar som går lenger enn til at saksøkeren bør ha risikoen for at kravet er til. Det objektive erstatningsansvaret etter tvisteloven § 32-11 første ledd omfatter av den grunn ikke sikringsgrunnen.

Etter tvisteloven § 32-11 første ledd annet punktum blir saksøkeren ansvarlig ved feil ved sikringsgrunnen hvis det forsettlig eller uaktsomt er gitt uriktige eller villedende opplysninger om denne. At det ikke oppstilles et objektivt ansvar for feil ved sikringsgrunnen, er i forarbeidene til bestemmelsen begrunnet med at det vil være vanskelig for saksøkeren å vurdere om det er nødvendig med midlertidig sikring for å unngå rettstap, se spesialmerknader til bestemmelsen (tidligere tvangfullbyrdsloven § 3-5) i Ot.prp. nr. 65 (1990–91) Om lov om tvangfullbyrding og midlertidig sikring (tvangfullbyrdingsloven):

«Det vil virke for hardt for saksøkeren med et objektivt ansvar for at det på sikringstidspunktet var tilstrekkelige grunner for sikringen. Saksøkeren kan være i begrunnet tvil om hva som i så måte kan begrunne midlertidig sikring, og det synes rimeligst at ansvaret gjøres avhengig av at det ikke i begjæringen eller under et møte til behandling av sikringen forsettlig eller uaktsomt er gitt uriktige eller villedende opplysninger.»

10.2 Direktivet artikkel 10 og 11

Etter direktivet artikkel 10 og 11 skal medlemsstatene ha regler om midlertidige sikringstiltak for å ivareta interessene til en innehaver av en forretningshemmelighet i påvente av rettskraftig avgjørelse i en inngrepssak. Artikkel 10 lister opp hvilke midlertidige sikringstiltak som skal være tilgjengelige, mens vilkårene for å treffe tiltak følger av artikkel 11.

Etter artikkel 10 nr. 1 skal medlemsstatene sikre at kompetente domstoler etter begjæring fra innehaveren av en forretningshemmelighet kan treffe midlertidige sikringstiltak overfor personer som innehaveren anfører har gjort inngrep i forretningshemmeligheten. Bestemmelsen lister opp tre ulike typer tiltak. For det første skal domstolene ha adgang til å ilegge påbud om midlertidig opphør av, eventuelt midlertidig forbud mot, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten (artikkel 10 nr. 1 bokstav a). For det andre skal det kunne ilegges forbud mot produksjon, tilbud, markedsføring eller bruk av varer som utgjør inngrep i forretningshemmeligheter eller import, eksport eller lagring av slike varer med formål om å foreta slike handlinger (artikkel 10 nr. 1 bokstav b). For det tredje skal det kunne gis pålegg om beslag eller utlevering av varer som mistenkes å innebære inngrep i forretningshemmeligheter, herunder importerte varer, med sikte på å forhindre markedsføring eller omsetning av slike varer på markedet (artikkel 10 nr. 1 bokstav c).

Etter artikkel 10 nr. 2 plikter medlemsstatene dessuten å sikre at domstolene, som et alternativ til de ovennevnte tiltakene, kan tillate fortsatt bruk av en forretningshemmelighet, under forutsetning av at saksøkte stiller økonomisk sikkerhet for innehaverens eventuelle krav på kompensasjon. En slik beslutning vil kun gjelde fortsatt bruk, og den gir ikke saksøkte adgang til formidling av den aktuelle forretningshemmeligheten.

Artikkel 11 oppstiller nærmere vilkår for bruk av midlertidige sikringstiltak etter artikkel 10. Det følger av artikkel 11 nr. 1 at domstolen skal kunne pålegge saksøkeren å fremlegge de bevis som «med rimelighet kan betragtes som disponibelt» slik at domstolen med tilstrekkelig grad av sikkerhet kan konstatere at det foreligger en forretningshemmelighet, at det er saksøkeren som er innehaveren av forretningshemmeligheten og at det foreligger et inngrep, eller en umiddelbar risiko for inngrep, i denne forretningshemmeligheten.

Videre krever artikkel 11 nr. 2 at domstolene, når de vurderer om en anmodning om midlertidige sikringstiltak skal etterkommes og i den forbindelse vurderer tiltakets forholdsmessighet, skal ta hensyn til de konkrete omstendighetene i saken. Bestemmelsen lister opp følgende hensyn som, i den utstrekning de er relevante, skal inngå i domstolenes helhetsvurdering: forretningshemmelighetens verdi eller andre spesifikke trekk ved denne (bokstav a), tiltakene som er truffet for å beskytte forretningshemmeligheten (bokstav b), den saksøktes adferd ved tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten (bokstav c), konsekvensene av den ulovlige bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten (bokstav d), partenes legitime interesser og konsekvensene for partene om begjæringen tas til følge eller avslås (bokstav e), tredjeparters legitime interesser (bokstav f), offentlighetens interesse (bokstav g) og beskyttelse av grunnleggende rettigheter (bokstav h).

Etter artikkel 11 nr. 3 skal medlemsstatene også sikre at tiltak etter artikkel 10 oppheves etter begjæring fra saksøkte, eller på annen måte opphører å ha virkning i to situasjoner. Det gjelder for det første dersom saksøkeren ikke anlegger søksmål innen en rimelig frist. Fristen fastsettes av domstolen som har truffet avgjørelse om tiltak etter artikkel 10. Hvis medlemsstatens nasjonale lovgivning ikke åpner for slik fristfastsettelse, skal fristen for å anlegge søksmål være det lengste alternativet av enten 20 virkedager eller 31 kalenderdager. For det andre skal oppheving eller opphør skje hvis forretningshemmeligheten ikke lenger oppfyller vilkårene for vern etter artikkel 2 nr. 1, uten at dette skyldes saksøkte.

Det følger av artikkel 11 nr. 4 at medlemsstatene også er forpliktet til å ha regler som sikrer at tiltak etter artikkel 10 kan gjøres betinget av at saksøkeren stiller tilstrekkelig garanti eller annen økonomisk sikkerhet for eventuell skade som tiltaket kan påføre saksøkte eller tredjeparter som påvirkes av tiltaket.

Det følger av artikkel 11 nr. 5 at retten skal kunne pålegge saksøkeren å yte rimelig erstatning til saksøkte eller berørte tredjeparter for skader som disse har lidt som følge av tiltak etter artikkel 10. Det er et vilkår for erstatning at det aktuelle tiltaket oppheves som følge av oversittelse av søksmålsfristen i artikkel 11 nr. 3 bokstav a, eller bortfaller som følge av en handling eller unnlatelse fra saksøkerens side, eller at det i ettertid konstateres at det ikke

forelå noe inngrep eller fare for inngrep. Den skadelidte må fremme begjæring om erstatning, og bestemmelsen åpner for at en slik begjæring kan skilles ut til behandling i egen sak.

10.3 Regelverket i Sverige og Danmark

Etter lag om företagshemligheter § 14 om «interimistiska vitesförbud» kan domstolene, når saksøkeren har sannsynliggjort at det foreligger inngrep i forretningshemmeligheter, og at fortsatt inngrep forringer forretningshemmelighetens verdi, beslutte forbud mot videre inngrep etter § 12 frem til kravet er rettskraftig avgjort. Slik avgjørelse kan også treffes dersom inngrepet er nært forestående. Dersom inngrepet gjelder bruk av en forretningshemmelighet, kan retten avslå en begjæring om «interimt beslut» dersom saksøkte stiller sikkerhet for sitt eventuelle erstatningsansvar overfor innehaveren av forretningshemmeligheten, og den aktuelle bruken av forretningshemmeligheten ikke fører til at denne avsløres. På tilsvarende vilkår kan også en tidligere avgjørelse om «interimt beslut» oppheves. Etter § 16 kommer bestemmelsene i rättegångsbalken kapittel 15 §§ 5 til 8 til anvendelse så langt de passer. Dette omfatter blant annet saksøkers plikt til å stille sikkerhet etter § 6 og plikt til å reise søksmål etter § 7.

Spørsmålet om saksøkers erstatningsansvar ved bortfall av «interimt beslut» reguleres av utsökningsbalken kapittel 3 § 22 i. Bestemmelsen oppstiller et objektivt ansvar for ethvert tap som saksøkte påføres av et «interimt beslut» der dette bortfaller som følge av en handling eller unnlatelse hos saksøkeren, eller fordi det ikke forelå grunnlag for beslutningen, jf. NJA 2017 side 9.

I Danmark er adgangen til midlertidige avgjørelser om forbud og påbud tatt inn i kapittel 4 i lov om forretningshemmeligheder. Etter § 8 første ledd kan domstolene i saker om inngrep i forretningshemmeligheter beslutte forbud eller påbud etter retsplejelovens kapittel 40, og på nærmere vilkår som angitt i § 8 annet og fjerde ledd. Bestemmelsen innebærer en relativt ordlydsnær gjennomføring av henholdsvis direktivet artikkel 11 nr. 2 og 11 nr. 3. Etter § 8 annet ledd er forbud eller påbud etter første ledd betinget av at saksøker sannsynliggjør at det foreligger en forretningshemmelighet, at saksøker er innehaveren, og at det foreligger et inngrep i den aktuelle forretningshemmeligheten, eller at det er en umiddelbar risiko for inngrep. § 8 fjerde ledd inneholder en liste over momenter som skal vektlegges ved vurderingen av om det skal besluttes forbud eller påbud etter første ledd, dersom de er relevante. Retten kan helt eller delvis oppheve en midlertidig beslutning om forbud og påbud når opplysningene som dannet grunnlaget for beslutningen, ikke lenger utgjør en forretningshemmelighet, og dette ikke skyldes forhold på saksøkerens side, jf. § 8 fjerde ledd. I samme bestemmelse vises det til opphevelsesgrunnene i retsplejeloven § 426 annet ledd nr. 2 og 3, samt tredje ledd, som får tilsvarende anvendelse, og som blant annet omfatter saksøkers manglende anleggelse av søksmål.

§ 8 femte ledd gjennomfører direktivet artikkel 10 nr. 2, mens § 9 gir retten adgang til å treffe avgjørelse om utlevering av varer som utgjør inngrep i forretningshemmeligheten der det er tilstrekkelig grunnlag for å tro at disse vil bli brukt for å overtre ilagt forbud eller påbud etter § 8 første ledd.

De nærmere detaljene rundt gjennomføringen av midlertidige avgjørelser om forbud og påbud, samt tredjepersoners rettsvern, reguleres i § 9 annet ledd, § 10 og § 11.

Spørsmålet om saksøkers erstatningsplikt ved midlertidige avgjørelser om forbud og påbud er regulert i retsplejelovens § 428. Etter bestemmelsens første ledd er saksøkerens erstatningsansvarlig for saksøktes tap som følge av et midlertidig forbud eller påbud dersom dette er oppnådd på grunnlag av en rettighet som viser seg å ikke bestå. Dersom rettigheten viser seg å bestå i et mindre omfang enn det som ble lagt til grunn i det midlertidige forbudet eller påbudet, er saksøkerens erstatningsansvar begrenset til skaden som saksøkte har blitt påført som følge av at forbudet eller påbudet har hatt for stor utstrekning, jf. § 428 annet ledd. Etter tredje ledd er saksøkeren også erstatningsansvarlig for saksøktes tap dersom det midlertidige forbudet eller påbudet er ulovlig av andre grunner, og innehaveren av forretningshemmeligheten burde ha unnlatt å begjære slikt forbud eller påbud.

10.4 Forslaget

Twistelovens regler om midlertidig forføyning synes i det vesentlige å være i samsvar med de kravene som stilles til nasjonale regler i artikkel 10 og 11 i forretningshemmelighetsdirektivet. Forslaget legger derfor kun opp til en mindre endring ved at det etableres en plikt for domstolene til å fastsette en frist for saksøkeren til å anlegge søksmål om hovedkravet i saker der det gis midlertidig forføyning på grunnlag av påståtte inngrep i forretningshemmeligheter, se forslaget til ny § 34-8 i tvisteloven.

De ulike formene for midlertidige sikringstiltak som artikkel 10 nr. 1 viser til, vil være dekket av tvisteloven § 34-3 første ledd, som angir hva en midlertidig forføyning kan gå ut på. Bestemmelsen er svært vid og viser til at en midlertidig forføyning kan gå ut på å «at saksøkte skal unnlate, foreta eller tåle en handling, eller på at et formuesgode skal settes ut av saksøktes besittelse og tas under forvaring eller bestyrelse». Alternativet «unnlate [...] en handling» vil dekke tiltak som nevnt i direktivet artikkel 10 nr. 1 bokstav a og b om henholdsvis midlertidig forbud mot bruk og formidling, og forbud mot produksjon, å tilby for salg og markedsføring av krenkende varer. Beslag og utlevering av varer som mistenkes å gjøre inngrep i forretningshemmeligheter etter artikkel 10 nr. 1 bokstav c, vil være en avgjørelse om at saksøkte skal «foreta [...] en handling» etter tvisteloven § 34-3 første ledd.

Etter artikkel 10 nr. 2 skal retten, som et alternativ til tiltakene i artikkel 10 nr. 1, ha mulighet til å tillate at den påståtte ulovlige bruken fortsetter mot at saksøkte stiller garanti for eventuell kompensasjon til innehaveren. Denne muligheten etter artikkel 10 nr. 2 gjelder ikke for formidling av forretningshemmeligheter. Løsningen artikkel 10 nr. 2 gir anvisning på er ivaretatt i tvisteloven § 34-3 annet ledd siste punktum. Etter denne bestemmelsen kan retten gi saksøkte en mulighet til å avverge ikrafttredelse og gjennomføringen av forføyningen ved å stille sikkerhet for mulig erstatning til saksøkeren. Som nevnt over under punkt 10.1 er det imidlertid lagt til grunn i Prop. 81 L (2012–2013) på side 29 at det i saker om inngrep i immaterielle rettigheter ikke kan gis midlertidig forføyning som består i at saksøkte gis tillatelse til utnyttelse av rettighetens gjenstand mot vederlag. I lys av direktivet artikkel 10 nr. 2 første punktum, kan en tilsvarende begrensning ikke antas å gjelde i saker om inngrep i forretningshemmeligheter.

Hvorvidt retten gir saksøkte adgang til å avverge ikrafttredelse eller gjennomføring av en midlertidig forføyning etter tvisteloven § 34-3 annet ledd siste punktum, vil bero på en konkret vurdering av om saksøkerens interesser i tilstrekkelig grad ivaretas ved sikkerhetsstillelse. Det vil være relevant å se hen til kravets art, i hvor stor grad kravet er sannsynliggjort, partenes opptreden og interesser, og om de konsekvenser som det kan få for saksøker at forføyningen ikke settes i kraft er av økonomisk karakter, jf. omtale i forarbeidene til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 65 (1990–91) Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring side 295. Tvisteloven § 34-3 annet ledd siste punktum er generelt formulert og sonderer, til forskjell fra artikkel 10 nr. 2, ikke mellom forføyninger som retter seg mot bruk av forretningshemmeligheter og forføyninger som retter seg mot formidling. I den konkrete vurderingen etter tvisteloven § 34-3 annet ledd siste punktum vil det imidlertid være en klar forskjell mellom fortsatt bruk av forretningshemmeligheten og adgang til formidling av hemmeligheten til en tredjepart. Formidling av forretningshemmeligheter til nye personer vil redusere innehaverens kontroll over hemmeligheten og medfører en økt risiko for at opplysningene mister sin hemmelige karakter slik at vernet bortfaller. Skaden som innehaveren risikerer i slike tilfelle vil være uopprettelig, og den vil vanskelig vil kunne kompenseres fullt ut i et etterfølgende erstatningsoppgjør. Lignende betraktninger er også fremhevet i punkt 26 i direktivets forord. I tråd med momentene nevnt over, som retten må vurdere ved avgjørelsen av en midlertidig forføyning, er det vanskelig å se at det vil være aktuelt å gi saksøkte mulighet til å avverge ikrafttredelse av de delene av en midlertidig forføyning som gjelder forbud mot formidling, ved å stille sikkerhet for erstatning. I lys av direktivet artikkel 10 nr. 2 annet punktum må en tolkning av tvisteloven § 34-3 annet ledd som åpner for en forføyning med et slikt innhold i saker om inngrep i forretningshemmeligheter, anses som utelukket. Det samme vil gjelde bruk som er av en slik art at bruken i seg selv medfører en reell risiko for at

forretningshemmeligheten kan bli allment tilgjengelig. Tvisteloven § 34-3 annet ledd anses derfor som en tilstrekkelig gjennomføring av artikkel 10 nr. 2.

Direktivet artikkel 11 nr. 1 oppstiller nærmere vilkår for bruk av tiltakene i artikkel 10. Det kreves at det med tilstrekkelig grad av sikkerhet kan bevises at det foreligger en forretningshemmelighet, at saksøker er innehaver av hemmeligheten, og at det foreligger et inngrep i hemmeligheten. Vilkårene sammenfaller med reglene om sannsynliggjøring av hovedkrav i tvisteloven § 34-2 første ledd. Etter reglene i tvisteloven må saksøkeren sannsynliggjøre at det foreligger et inngrep i en forretningshemmelighet, eller at et inngrep er nært forestående, samt at vedkommende har tilstrekkelig tilknytning til den aktuelle forretningshemmeligheten til å kunne fremme krav, jf. tvisteloven § 1-3, jf. § 32-2.

Direktivet artikkel 11 nr. 2 viser til at domstolen i sin vurdering av om en begjæring om sikringstiltaket skal etterkommes, og om slike tiltak er forholdsmessige, skal foreta en konkret vurdering av sakens omstendigheter. Artikkel 11 nr. 2 lister opp ulike momenter som skal vektlegges i den utstrekning de er relevante. Grunnvilkårene for bruk av midlertidige tiltak etter direktivet fremgår av artikkel 11 nr. 1, og det er ut fra bestemmelsens oppbygning nærliggende å forstå det slik at hensynene i artikkel 11 nr. 2 særlig skal vektlegges ved vurderingen av det konkrete behovet for midlertidige tiltak og den nærmere utformingen av tiltaket. En tilsvarende samlet momentliste finnes ikke i tvisteloven. Flere av momentene i artikkel 11 nr. 2 vil imidlertid være sentrale ved vurderingen av hvorvidt vilkårene for midlertidig forføyning etter tvisteloven kapittel 34 er oppfylte, og ved fastsettelsen av det nærmere innholdet i en avgjørelse om midlertidig forføyning. Dette gjelder blant annet momentene nevnt i artikkel 11 nr. 2 bokstav a til e, som regelmessig vil være relevante ved vurderingen av hvorvidt det foreligger sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1. Sikringsgrunn vil foreligge enten dersom saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, jf. § 31-1 første ledd bokstav a, eller når det finnes nødvendig for å oppnå en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, eller for å hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for, jf. § 34-1 første ledd bokstav b.

Tvisteloven § 34-1 annet ledd oppstiller en begrensning i adgangen til å beslutte midlertidig forføyning når den skade eller ulempe som saksøkte blir påført, står i et åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forfølgningen blir avsluttet. Proporsjonalitetsvurderingen som bestemmelsen gir anvisning på, vil være avhengig av de konkrete forholdene i saken. I vurderingen vil det være relevant å vektlegge momenter som nevnes i artikkel 11 nr. 2.

I tillegg følger det av tvisteloven § 34-3 at domstolene må foreta et relativt bredt og konkret rettsanvendelsesskjønn ved fastsettelsen av innholdet i en eventuell midlertidig forføyning. Ved vurderingen av hva forføyningen skal gå ut på, hvordan forføyningen skal gjennomføres, når forføyningen skal tre i kraft og hvor lenge den skal vare, hvorvidt saksøkeren skal pålegges å stille sikkerhet som vilkår for ikrafttredelse og gjennomføring av forføyningen, og om saksøkte skal gis adgang til å avverge ikrafttredelse og gjennomføring av forføyningen ved å stille sikkerhet for mulig erstatning til saksøkerne, vil de ulike momentene som nevnes i artikkel 11 nr. 2, kunne være relevante.

Formålet med direktivet artikkel 11 nr. 2 synes å være at det skjønn som skal utøves i forbindelse med avgjørelsen av en begjæring om midlertidig forføyning, må være tilstrekkelig bredt, og egnet til å gi i resultater som er proporsjonale og som ivaretar de relevante interessene i den enkelte sak. Disse hensynene er ivaretatt ved utformingen av tvisteloven §§ 34-1 og 34-3.

I lys av dette anses det ikke nødvendig å gjennomføre direktivet artikkel 11 nr. 2 i en egen bestemmelse. En slik generell opplisting av vurderingsmomenter vil også være noe fremmed for norsk lovgivningstradisjon. Det nærmere innholdet i direktivet artikkel 11 nr. 2 er til dels uklart ved at bestemmelsen ikke gir føringer på hvordan de opplistede momentene skal anvendes. Dette gjelder blant annet spørsmålet om når, og under hvilke omstendigheter, de ulike vurderingsmomentene skal anses som relevante i domstolenes vurdering, samt hvilken innbyrdes vekt de ulike vurderingsmomentene skal ha. Enkelte av momentene har også et uklart innhold, slik som for eksempel bokstav g og bokstav h, som kan omfatte en rekke svært ulikeartede hensyn av både materiell og prosessuell art.

Kravet til oppheving eller opphør av midlertidig forføyning etter direktivet artikkel 11 nr. 3 vil i stor grad være ivaretatt gjennom tvistelovens gjeldende bestemmelser, men det vil foreslås en ny bestemmelse som etablerer en klar plikt for domstolene til å fastsette en frist for saksøker for å anlegge søksmål om hovedkravet i saker der det avsies kjennelse om midlertidig forføyning, se forslag til ny § 34-8 i tvisteloven.

Det følger av direktivet artikkel 11 nr. 3 bokstav a at virkningene av en midlertidig forføyning skal oppheves eller bortfalle dersom saksøkeren ikke anlegger søksmål om hovedkravet innen en rimelig frist fastsatt av domstolene, eller innen en frist som ikke kan overstige det lengste alternativet av enten 20 virkedager eller 31 kalenderdager. Bortfallsregelen ved manglende søksmål innen fastsatt søksmålsfrist etter tvisteloven § 34-6 første ledd bokstav b, jf. § 34-3 tredje ledd, vil kun delvis tilfredsstille disse kravene. Bestemmelsen regulerer bortfall ved fristoversittelse, men oppstiller ingen plikt for domstolene til å sette en frist for saksøkeren til å anlegge søksmål om hovedkravet. En midlertidig forføyning i en sak om påståtte inngrep i forretningshemmeligheter er en provisorisk ordning som kan få alvorlige konsekvenser for saksøktes omdømme og markedsposisjon, og den

vil være basert på en ufullstendig vurdering av det som ofte er kompliserte faktiske og rettslige spørsmål. Saksøkte vil, på grunn av tvistegjenstandens komplekse natur, kunne ha vanskeligheter med å imøtegå saksøkerens anførsler, samt belyse sine egne synspunkter, innenfor rammene som en sak om midlertidig forføyning tillater. Det antas av den grunn at det alt vil følge av proporsjonalitetsvurderingen som domstolene skal foreta etter tvisteloven § 34-3, at det i saker om påståtte inngrep i forretningshemmeligheter normalt settes en frist for å anlegge søksmål om hovedkravet. I lys av den klare reguleringen i direktivet artikkel 11 nr. 3 bokstav a, fremstår det likevel som hensiktsmessig med en uttrykkelig lovfesting av domstolenes plikt til å fastsette en frist for saksøkeren til å anlegge søksmål om hovedkravet. Forslaget legger opp til at fristen skal reflektere begge alternativene i artikkel 11 nr. 3 bokstav a, ved at retten skal fastsette en rimelig søksmålsfrist som ikke kan overstige det lengste alternativet av 20 virkedager eller 31 kalenderdager.

Saksøktes adgang etter tvisteloven § 34-5 første ledd til å begjære oppheving av en midlertidig forføyning ved å dokumentere etterfølgende endrede forhold som godtgjør at hovedkravet ikke er til stede, herunder at forretningshemmeligheten er blitt allment tilgjengelig, samsvarer med kravet etter artikkel 11 nr. 3 bokstav b.

Kravet i artikkel 11 nr. 4 om at domstolen skal ha adgang til å pålegge saksøkeren å stille sikkerhet til dekning av eventuell skade som saksøkte påføres ved tiltaket etter artikkel 10, sammenfaller i hovedsak med reglene om sikkerhetsstillelse i tvisteloven § 34-2 første ledd siste punktum. Reglene om sikkerhetsstillelse i artikkel 11 nr. 4 er ikke begrenset til å gjelde skade hos saksøkte, men viser også til kompensasjon for skade som påføres andre personer som påvirkes av det midlertidige tiltaket. Tvisteloven § 34-2 første ledd siste punktum gir ikke adgang til en tilsvarende sikring av eventuelle krav fra tredjeparter. Begrensningen anses ikke å være i strid med direktivbestemmelsen. Det følger av tvisteloven § 32-2 at reglene i tvistelovens kapittel 15 gjelder tilsvarende i saker om midlertidig sikring så langt de passer, herunder adgangen til å tre inn i saken som saksøkt etter § 15-3. En tredjepart som påvirkes av en eventuell midlertidig forføyning, kan be om å få tre inn i saken for å fremme krav om sikkerhetsstillelse for et mulig erstatningskrav som følge av forføyningen.

Ettersom reglene om sikkerhetsstillelse skal gi en garanti for et eventuelt erstatningskrav fra saksøkte som følge av den midlertidige forføyningen, må kravene til sikkerhetsstillelse leses i sammenheng med reglene om saksøkerens erstatningsansvar etter direktivet artikkel 11 nr. 5.

Det er ikke holdepunkter for at direktivet artikkel 11 nr. 5 gir saksøkte adgang til å fremme krav om erstatning på vegne av en berørt tredjepart, slik som saksøktes kunder og leverandører. Snarere fremgår det av direktivet artikkel 11 nr. 5 at et erstatningskrav ved bortfall av en midlertidig forføyning

må fremmes av saksøkte eller en skadelidende tredjepart. Saksøkte og skadelidende tredjeparter vil ikke nødvendigvis ha fullstendig sammenfallende interesser i saker om midlertidig forføyning. Dessuten er den skadelidte tredjeparten nærmest til å beregne og føre bevis for sitt eventuelle tap som følge av en midlertidig forføyning. Det legges derfor til grunn at direktivets regler om sikkerhetsstillelse for saksøkerens mulige erstatningsansvar overfor berørte tredjeparter, er ivaretatt gjennom adgangen som slike tredjeparter har til å tre inn i saken, jf. tvisteloven § 32-2, jf. § 15-3.

Direktivet artikkel 11 nr. 5 viser til tilfeller der retten skal kunne ilegge saksøkeren en plikt til å yte passende erstatning for skade som følge av et sikringstiltak. Direktivet gir grunnlag for erstatning når sikringstiltaket oppheves fordi saksøkeren ikke har anlagt søksmål om hovedkravet innen en angitt frist, eller hvis tiltaket bortfaller som følge av en handling eller unnlattelse fra saksøkerens side, eller hvis det viser seg at det ikke forelå et inngrep eller risiko for inngrep i en forretningshemmelighet. Etter tvisteloven § 32-11 første ledd første punktum er saksøkerens erstatningsansvarlig for den skade som saksøkte påføres ved en midlertidig forføyning, dersom det i ettertid viser seg at hovedkravet ikke bestod da sikringen ble besluttet. Denne bestemmelsen korresponderer med det siste alternativet i artikkel 11 nr. 5 første ledd og er begrunnet med rimelighets- og prevensjonshensyn, jf. omtale av bestemmelsen i Ot.prp. nr. 65 (1990–91) Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring side 99.

Twisteloven inneholder derimot ingen bestemmelser om saksøkerens erstatningsplikt der forføyningen bortfaller som følge av saksøkerens manglende overholdelse av en fastsatt søksmålsfrist, eller som følge av andre handlinger eller passivitet fra saksøkeren, eksempelvis dersom saksøkeren ikke stiller pålagt økonomisk sikkerhet etter tvisteloven § 34-2 første ledd siste punktum.

Erstatningsreglene i tvisteloven § 32-11 bygger på en forutsetning om at forføyningen må kunne karakteriseres som uberettiget hvis hovedkravet ikke besto da sikringen ble besluttet. I en rekke tilfelle vil saksøkeren ha oppnådd formålet med den midlertidige forføyningen og derfor ikke anse det nødvendig å opprettholde forføyningen ved å ta ut søksmål eller stille sikkerhet, uten at forføyningen av den grunn vil være uberettiget.

Det fremstår som noe uklart om direktivet artikkel 11 nr. 5 første ledd medfører en absolutt plikt til å etablere et særskilt erstatningsgrunnlag for saksøkte i tilfeller der forføyningen bortfaller som følge av saksøkers handlinger eller passivitet etter at forføyningen ble gitt. Ordlyden i artikkel 11 nr. 5 første ledd, og den uttrykkelige henvisningen til artikkel 11 nr. 3 bokstav a, taler for en slik tolkning. En slik tolkning av direktivet vil åpne for erstatning til personer som faktisk har gjort, eller er i ferd med å gjøre, inngrep i forretningshemmeligheter, men hvor innehaveren av

forretningshemmeligheten ikke har anlagt søksmål etter å ha oppnådd en midlertidig forføyning. En slik regel vil være prosessdrivende og fremtvinge unødig aggressiv prosessadferd som ikke uten videre fremstår som forenelig med kravene til effektivitet og proporsjonalitet i direktivet artikkel 6 og 7.

Etter artikkel 11 nr. 5 har saksøkte krav på en «passende erstatning». Bestemmelsen gir ingen veiledning til erstatningsfastsettelsen og gir medlemsstatene betydelig spillerom. Hvis forføyningen har vært rettmessig, men bortfaller som følge av handling eller unnlatelse fra saksøker, er det vanskelig å se at det er grunnlag for erstatning. Hvis saksøkeren i en slik situasjon ikke hadde begjært midlertidig forføyning, men kun anlagt søksmål, ville saksøkte kunne ha fortsatt sitt inngrepshandling frem til det forelå rettskraftig dom i saken. Saksøkte vil imidlertid være erstatningsansvarlig overfor saksøkeren for inngrepshandlingene i dette tidsrommet etter forslaget § 9. Saksøkte kan derfor vanskelig sies å ha lidt noe erstatningsberettiget tap ved bortfall av en berettiget midlertidig forføyning. Det legges derfor til grunn at erstatningsreglene i tvisteloven § 32-11 vil være forenlige med direktivet artikkel 11 nr. 5.

Det som er sagt over, forutsetter at saksøktes adgang til å få prøvd den midlertidige forføyningens berettigelse, og til å fremme krav om erstatning etter 32-11 første ledd, ikke avskjæres ved at saksøkte lar forføyningen bortfalle. At saksøktes adgang til å kreve erstatning etter § 32-11 ikke går tapt som følge av saksøkerens avkall på en midlertidig forføyning, er klart forutsatt i bestemmelsens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 65 (1990–91) Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring hvor det fremholdes på side 100:

«Plikten til å betale erstatning for lidt tap faller ikke bort som følge av at saksøkeren selv har gitt avkall på sin rett etter sikringsbeslutningen. Det vil altså ikke nytte for den som har oppnådd en sikring som vedkommende skjønner at vil kunne lede til ansvar, å gi avkall på sin rett. Men et avkall innebærer selvfølgelig mulighet for en begrensnings av skaden».

Det legges etter dette til grunn at den gjeldende reguleringen av saksøkerens erstatningsansvar i tvisteloven § 32-11 første ledd oppfyller kravene i direktivet artikkel 11 nr. 5.

Den valgte løsningen synes langt på vei å samsvare med det som har vært lagt til grunn i Danmark i forbindelse med gjennomføringen der av artikkel 11 nr. 5. Heller ikke der blir artikkel 11 nr. 5 ansett å gi saksøkte et ubetinget krav på erstatning ved bortfall av en midlertidig forføyning som følge av saksøkerens handlinger eller passivitet etter at forføyningen ble gitt. Rekkevidden av saksøkerens erstatningsansvar etter direktivet anses å tilsvare det som følger av retsplejeloven § 428, det vil si et objektivt ansvar som er begrenset til tilfeller der rettigheten som danner grunnlaget for saksøkerens begjæring ikke bestod, eller bestod i et mindre omfang enn det som ble anført av saksøkeren på forføyningstidspunktet, jf. bestemmelsens første og annet ledd. Etter retsplejeloven § 428 tredje ledd har saksøkeren i

tillegg et uaktsomhetsansvar for tilfeller der forføyningen vil være ulovlig av andre grunner.

11 Håndhevingsmidler

11.1 Gjeldende rett

Til forskjell fra immaterialrettslovgivningen, slik som patentloven, varemerkeloven, designloven og åndsverkloven, inneholder ikke markedsføringsloven noen uttrykkelig bestemmelse som regulerer hvilke tiltak og sanksjoner som domfelte kan ilegges ved fellende dom om inngrep i forretningshemmeligheter etter markedsføringsloven § 28. I forbindelse med styrkingen av håndhevingsreglene i lovgivningen om industrielt rettsvern ble situasjonen under markedsføringsloven beskrevet slik i Prop. 81 L (2012–2013) Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene) side 57 til 58:

«Selv om markedsføringsloven ikke inneholder særskilte sanksjoner, vil «den forurettede kunne gjøre gjeldende sivilrettslige sanksjoner ved overtredelse av markedsføringsloven kapittel 6». Bestemmelsene i markedsføringsloven kapittel 6 er forbudsbestemmelser. I medhold av alminnelige prosessregler vil det ved overtredelser av markedsføringsloven kapittel 6 kunne nedlegges sivilrettslig forbud ved dom eller som midlertidig forføyning. Tap som følge av slike overtredelser vil videre kunne kreves erstattet etter alminnelige erstatningsregler.»

I saker om inngrep i forretningshemmeligheter vil en forbudsdom kunne gå ut på at domfelte forbys å omsette en bestemt vare eller tilby en bestemt tjeneste. En fellende og rettskraftig dom for inngrep i forretningshemmeligheter vil, i likhet med andre sivile dommer, ha rettskraftsvirkninger etter tvisteloven § 19-15. Definisjonen av forretningshemmeligheter etter gjeldende rett innebærer imidlertid at det rettslige vernet vil kunne bortfalle på grunnlag av forhold som inntreffer etter domstidspunktet. Dette vil for eksempel være tilfelle der samfunnets generelle tekniske utvikling innhenter en forretningshemmelighet slik at informasjonen som utgjorde forretningshemmeligheten, anses å være offentlig tilgjengelig. En forretningshemmelighet vil også kunne gå tapt hvis hemmelighetens innhold avsløres på grunn av manglende beskyttelsestiltak fra innehaveren. Etterfølgende forhold som fører til at opplysninger ikke lenger utgjør forretningshemmeligheter, vil ikke automatisk føre til bortfall av dommens rettskraftvirkninger. Rettskraftsvirkningene vil derimot ikke være til hinder for en ny sak mellom partene om inngrep i den samme forretningshemmeligheten dersom rettsstillingen er blitt en annen som følge av etterfølgende forhold, jf. tvisteloven § 19-15 tredje ledd.

I underrettspraksis er det lagt til grunn at eventuelle forbudsdommer kan gjøres tidsbegrensede i saker der retten finner at det bare er et tidsspørsmål før andre aktører gjennom selvstendig utvikling vil komme frem til informasjonen som utgjør forretningshemmeligheten. Det har vært vist til at

det vil være urimelig med et tidsubegrenset forbud som ekskluderer domfelte fra konkurransen som vil oppstå når utviklingen har innhentet forretningshemmeligheten, se LG-2003-8617 og LG-2013-162132.

Spørsmålet om det burde innføres mer omfattende sanksjonsbestemmelser ved overtredelse av markedsføringsloven kapittel 6, herunder § 28 om bedriftshemmeligheter, ble drøftet i forbindelse med håndhevingsreformen i 2013, se Prop. 81 L (2012–2013) side 57 til 58.

Håndhevingsreformen i 2013 hadde som målsetning å bringe det norske regelverket for håndheving av industrielle rettigheter opp til minst samme nivå som det som fulgte av minimumskravene i EUs håndhevingsdirektiv. Håndhevingsdirektivet berørte ikke forretningshemmeligheter, og det ble lagt til grunn at sanksjonsbestemmelsene i lovgivningen om industrielt rettsvern ikke uten videre passet ved overtredelser av markedsføringsloven kapittel 6. Det ble også vist til at EU-kommisjonen hadde igangsatt et utredningsarbeid om bedriftshemmeligheter og produktetterlikninger, og at dette kunne resultere i et eventuelt lovgivningsinitiativ som ville være egnet til senere oppfølging.

11.2 Direktivet artikkel 12 og 13

Direktivet artikkel 12 lister opp hva det skal kunne gis dom for i en sak om inngrep i forretningshemmeligheter. De nærmere vilkårene for å anvende de ulike tiltakene og sanksjonene følger av direktivet artikkel 13.

Det følger av artikkel 12 nr. 1 at medlemsstatene skal sikre at domstolene etter begjæring fra saksøker kan treffe avgjørelse overfor inngriperen om ett eller flere av følgende tiltak: opphør med, eventuelt forbud mot, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten (bokstav a), forbud mot produksjon, å tilby for salg, markedsføring eller bruk av varer som utgjør inngrep i forretningshemmeligheten, eller import, eksport eller opplagring av varer som utgjør inngrep med ovennevnte formål (bokstav b), passende korrigerende tiltak rettet mot varene som utgjør inngrep i forretningshemmeligheten (bokstav c), og tilintetgjørelse av hele eller deler av dokumenter, gjenstander, materialer, stoffer eller elektroniske filer som inneholder eller utgjør forretningshemmeligheten, eventuelt utlevering av disse til saksøkeren (bokstav d). Etter direktivet artikkel 12 nr. 2 skal de korrigerende tiltakene i artikkel 12 nr. 1 bokstav c omfatte: tilbakekall fra markedet av varer som utgjør inngrep i forretningshemmeligheten (bokstav a), tiltak som fratar de aktuelle varene deres inngripende egenskaper (bokstav b), og tilintetgjørelse av varene som utgjør inngrep i forretningshemmeligheten, eventuelt fjerning fra handelen, forutsatt at tiltaket ikke undergraver beskyttelsen av den aktuelle forretningshemmeligheten (bokstav c).

Det følger videre av direktivet artikkel 12 nr. 3 at medlemsstatene kan gi domstolene adgang til å påby utlevering av varer som utgjør inngrep i

forretningshemmeligheter til innehaveren, eller til veldedige organisasjoner, når det treffes avgjørelse om fjerning av de aktuelle varene fra handelen.

Direktivet artikkel 12 nr. 4 fastsetter at tiltak etter artikkel 12 skal gjennomføres på inngriperens regning, med mindre det foreligger særlige grunner for noe annet. Tiltak etter artikkel 12 nr. 1 bokstav c og d har ingen betydning for innehaverens eventuelle krav på erstatning eller kompensasjon som følge av inngrepet.

Artikkel 13 nr. 1 oppstiller betingelser for at retten skal kunne avsi dom om tiltak som nevnt i artikkel 12. Bestemmelsen viser til at rettens avgjørelse skal treffes på grunnlag av de konkrete omstendighetene som gjør seg gjeldende i saken. Der det er relevant skal retten ta hensyn til forretningshemmelighetens verdi eller andre særegne trekk ved denne, (bokstav a), de tiltakene som er truffet for å beskytte hemmeligheten (bokstav b), inngriperens adferd ved tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten (bokstav c), konsekvenser av den ulovlige bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten (bokstav d), partenes legitime interesser og de konsekvensene det kan få for partene hvis tiltak etterkommes eller avvises (bokstav e), tredjeparters interesse (bokstav f), offentlighetens interesse (bokstav g) og beskyttelse av grunnleggende rettigheter (bokstav h). Opplisting av vurderingsmomenter er sammenfallende med de som gjelder for midlertidige sikringstiltak etter direktivet artikkel 11 nr. 2.

Artikkel 13 nr. 1 siste ledd gir nærmere føringer for fastsettelsen av tidsbegrensede forbud etter artikkel 12 nr. 1 bokstav a og b. Tidsbegrensede forbud skal ha en varighet som er tilstrekkelig til å fjerne enhver kommersiell eller økonomisk fordel som inngriperen kan ha hatt ved den urettmessige tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten.

Forbud etter artikkel 12 nr. 1 bokstav a og b skal kunne oppheves etter begjæring fra saksøkte, eller på annen måte opphøre dersom de aktuelle opplysningene ikke lenger oppfyller vilkårene etter artikkel 2 nr. 1 av grunner som ikke kan tilregnes saksøkte, jf. artikkel 13 nr. 2.

Etter direktivet artikkel 13 nr. 3 skal medlemsstatene også sikre at domstolene, som et alternativ til tiltak eller sanksjoner etter artikkel 12, kan gi inngriperen adgang til fortsatt bruk av forretningshemmeligheten mot at det betales en godtgjørelse til innehaveren.

En avgjørelse om fortsatt bruk mot godtgjørelse kan bare treffes når inngriperen har fremsatt begjæring om dette og følgende vilkår er oppfylt: For det første kreves det at inngriperen på tidspunktet for den opprinnelige bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten verken visste eller burde ha visst at denne var ervervet fra noen som brukte eller formidlet den aktuelle forretningshemmeligheten ulovlig (artikkel 13 nr. 3 første ledd bokstav a). For det andre må bruk av tiltak og sanksjoner etter artikkel 12

påføre inngriperen uforholdsmessig stor skade (bokstav b). For det tredje må økonomisk godtgjørelse til innehaveren av forretningshemmeligheten fremstå som en tilfredsstillende løsning (bokstav c). Etter artikkel 13 nr. 3 siste ledd skal godtgjørelse som besluttes i stedet for forbud etter artikkel 12 nr. 1 bokstav a eller b, ikke overstige det beløpet som inngriperen ville ha betalt i lisensavgift eller vederlag for bruk av forretningshemmeligheten i den perioden hvor det kunne vært nedlagt forbud mot bruken.

11.3 Regelverket i Sverige og Danmark

Etter lag om företagshemligheter § 12 kan domstolene avsi forbudsdom mot pågående og nært forestående inngrep i forretningshemmeligheter. Det følger videre av bestemmelsens tredje ledd at et forbud kan oppheves etter begjæring fra saksøkte i tilfeller der forbudet har mistet sin betydning. Etter § 13 kan et tidsbegrenset forbud mot bruk ilegges den som har gjort inngrep i en forretningshemmelighet på en slik måte at forretningshemmeligheten har mistet sitt vern etter § 2. Øvrige sanksjoner i direktivet artikkel 12 nr. 1 bokstav c og d er gjennomført i §§ 17 til 20. Mens § 17 første ledd gir adgang til påbud om overlevering av gjenstander som inneholder forretningshemmeligheten til innehaveren, gir bestemmelsens annet ledd domstolene adgang til å gi subsidiære reaksjoner som pålegg om tilbakekall fra markedet, ødeleggelse, endring eller andre tiltak som er egnet for å forebygge fremtidige inngrep. Tiltak etter § 17 skal imidlertid ikke anvendes sammen med inndragning eller andre sanksjonsmidler som er egnet til å forebygge inngrep etter kapittel 36 i brottsbalken. Etter § 18 kan tiltak etter § 17 også besluttes for varer som ikke inneholder forretningshemmeligheten dersom varens formgivning, egenskaper, funksjon, tilvirkning og markedsføring drar vesentlig nytte av et inngrep i en forretningshemmelighet. Med mindre det finnes grunnlag for noe annet, skal tiltak etter § 17 bekostes av den som tiltaket retter seg mot, jf. § 19. Adgangen til å avsi dom om fortsatt bruk av forretningshemmeligheter mot vederlag, jf. direktivet artikkel 13 nr. 3, er inntatt i § 21.

I Danmark er sivilrettslige sanksjoner og tiltak foreslått regulert i kapittel 5 i lov om forretningshemmeligheder. Bestemmelsene i kapitlet innebærer en relativt ordlydsnær gjennomføring av direktivet artikkel 12 og 13, men med visse strukturelle endringer. Direktivet artikkel 12 nr. 1 og nr. 2 er gjennomført i § 12 første ledd, hvor domstolens adgang til å pålegge opphør og forbud mot inngrep fremgår av § 12 første ledd nr. 1 og nr. 2, mens de øvrige korrigerende og forebyggende tiltakene i direktivet artikkel 12 nr. 1 bokstav c og d, jf. artikkel 12 nr. 2, er foreslått gjennomført i § 12 første ledd nr. 3 til 6. En ordrett gjengivelse av de opplistede vurderingsmomentene i direktivet artikkel 13 nr. 1 første ledd finnes i § 12 annet ledd, mens adgangen til å avsi tidsbegrensede forbudsdommer i direktivet artikkel 13 nr. 1 annet ledd og bestemmelsen om bortfall av ilagte forbud i artikkel 13 nr. 2 er gjennomført i § 12 tredje ledd. Hovedregelen i direktivet artikkel 12 nr. 4

om inngriperens ansvar for utgiftene knyttet til korrigerende og forebyggende tiltak etter artikkel 12 nr. 1 bokstav c og d er foreslått gjennomført i § 12 fjerde ledd, mens adgangen til å avsi dom om fortsatt bruk av forretningshemmeligheter mot vederlag er foreslått gjennomført i § 13 i en bestemmelse som er innholdsmessig identisk med direktivet artikkel 13 nr. 3.

11.4 Forslaget

11.4.1 Generelle utgangspunkter

Detaljreguleringen i direktivet artikkel 12 og 13 gjør det nødvendig å innføre nærmere bestemmelser om hvilke sanksjoner som kan idømmes ved inngrep i forretningshemmeligheter.

Selv om vernet for forretningshemmeligheter i prinsippet er noe annet enn vernet for immaterielle enerettigheter, er det også betydelige likheter i inngrepssituasjonene. Det gjelder ikke minst i saker der forretningshemmeligheter urettmessig er benyttet i produkter og tjenester, i konkurranse med innehaveren eller innehaverens samarbeidspartnere.

Sanksjonsmidlene i forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 12 og 13 er derfor i det vesentligste identiske med de som finnes i håndhevingsdirektivet artikkel 10 og 11.

Sistnevnte bestemmelser ble tatt i betraktning ved endringene som ble gjort i sanksjonsbestemmelsene i varemerkeloven, patentloven, designloven, kretsmønsterloven og planteforedlerloven ved håndhevingsreformen i 2013, se Prop. 81 L (2012–2013) Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m (styrking av håndhevingsreglene). Et av formålene med reformen var å sikre at det norske håndhevingsregelverket for industrielle rettigheter var minst like gunstig for rettighetshavere som EUs regelverk på området, og de forebyggende tiltakene i håndhevingsdirektivet ble inntatt i samtlige lover om industrielt rettsvern.

Proposisjonen la til grunn at lovendringene innebar at de norske håndhevingsreglene oppfylte håndhevingsdirektivets krav, både kravene i artikkel 10 og 11, og de generelle kravene i håndhevingsdirektivet artikkel 3. Sistnevnte bestemmelse er innholdsmessig identisk med forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 6 og 7. Både likhetene mellom direktivene og hensynet til sammenheng i regelverket mellom beslektede rettsområder taler for at gjennomføringen av forretningshemmelighetsdirektivets sanksjonsbestemmelser følger samme mønster som håndhevingsreformen i 2013. Enkelte tilpasninger vil imidlertid være nødvendige for å fange opp særlige hensyn som gjør seg gjeldende for forretningshemmeligheter.

11.4.2 Forbudsdom

I samsvar med vurderingene som ble gjort i Prop. 81 L (2012–2013) foreslås det, til gjennomføring av direktivet artikkel nr.1 bokstav a og b, en egen bestemmelse om adgangen til å gi forbudsdom mot pågående inngrepshandlinger. Det vil også være adgang til å gi forbudsdom mot nært forestående inngrepshandlinger. Sistnevnte kan ikke utledes av direktivet artikkel 12, men er en naturlig forlengelse av reglene om midlertidige forføyninger for nært forestående inngrep, og vil dessuten kunne ha selvstendig betydning f.eks. hvis det i en inngrepssak kommer frem at det er en overhengende fare for at inngriperen også vil begå andre former for inngrepshandlinger enn de vedkommende allerede har gjennomført. En tilsvarende adgang til å få forbudsdom mot nært forestående inngrep er inntatt i lovgivningen om industrielt rettsvern, f.eks. i patentloven § 56 a annet ledd, varemerkeloven § 57 annet punktum og designloven § 39 a annet punktum. Det vises til den nærmere redegjørelsen i Prop. 81 L (2012–2013) på side 17 til 18.

I Prop. 81 L (2012–2013) side 15 vises det til at det er viktig at sentrale sanksjoner mot inngrep kommer til syne i loven, og at det i de andre lovene om industrielle rettigheter derfor tas inn uttrykkelige bestemmelser om forbudsdom etter mønster av varemerkeloven. Det uttales videre på side 17 i proposisjonen:

«Adgangen til å nedlegge forbud bør imidlertid ikke bare gjelde overfor den som har gjort et fullbyrdet inngrep. For å sikre effektiv håndheving bør det i noen situasjoner også kunne nedlegges forbud overfor den som har bidratt til, eller på annen måte vært delaktig i, en annens inngrep, f.eks. ved å yte tjenester som er brukt i forbindelse med et inngrep.»

I tråd med forslaget i proposisjonen finnes regler om forbudsdom mot medvirkere både i patentloven 56 a, varemerkeloven § 57, designloven 39 a, planteforedlerloven § 21 a og kretsmønsterloven § 5 a.

Til forskjell fra håndhevingsdirektivet artikkel 11 tredje punktum, inneholder ikke forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 12 noen egen bestemmelse om sanksjoner mot mellommenn og medhjelpere. De samme effektivitetshensyn som gjør seg gjeldende i lovgivningen for industrielle rettigheter, gjør seg imidlertid også gjeldende for forretningshemmeligheter. Rekkevidden av adgangen til å nedlegge forbud mot medvirkere bør imidlertid ikke være ubegrenset. Det vises til Prop. 81 L (2012–2013) side 17:

«Etter artikkel 11 tredje punktum i direktiv 2004/48 skal det i visse situasjoner kunne nedlegges forbud mot et mellomledd når mellomleddets tjenester er brukt i forbindelse med et inngrep. Det bør likevel ikke være anledning til å nedlegge forbud i alle tilfeller der noen har bidratt til, eller på annen måte vært delaktig i, en annens inngrep. Dersom det ikke stilles kvalifiserende krav til de handlinger som skal kunne gi grunnlag for forbud, vil forbud kunne bli nedlagt overfor personer som har bidratt til et inngrep på en helt perifer måte, eller som ikke hadde eller burde hatt kunnskap om at de gjennom å yte tjenester eller på annen måte bidro til

en annens inngrep. Dette vil gi en for vidtrekkende adgang til å nedlegge forbud. Det er ikke noe krav etter artikkel 11 tredje punktum i direktiv 2004/48 at det skal kunne nedlegges forbud mot et mellomledd i alle tilfeller der mellomleddets tjenester har blitt brukt i forbindelse med et inngrep [...]

Departementet mener at forslaget i høringsnotatet – om at forbud kan nedlegges overfor den som har opptrådt på en måte som kvalifiserer til strafferettslig eller erstatningsrettslig medvirkningsansvar - gir en rimelig avgrensning av adgangen til å nedlegge forbud rettet mot noen som har bidratt til eller på annen måte har vært delaktig i en annens inngrep.»

Disse betraktningene fremstår som dekkende også for spørsmålet om vern av forretningshemmeligheter. Forslaget legger opp til en tilsvarende løsning der forbudsdom kan ilegges overfor den som har opptrådt på en måte som kvalifiserer til strafferettslig eller erstatningsrettslig medvirkning.

I forslaget § 6 tredje ledd, inntas en egen bestemmelse om domstolenes adgang til å avsi tidsbegrensede forbudsdommer, jf. direktivet artikkel 13 nr. 1. Lovfestingen innebærer en kodifisering av underrettspraksis, jf. omtalen over i punkt 11.1. Bruk av tidsbegrensede forbudsdommer forutsetter at domstolen med stor grad av sikkerhet legger til grunn at en fremtidig utvikling vil gjøre opplysningene som utgjør forretningshemmeligheten allment tilgjengelige og dermed uten vern. Tidsbegrensede forbudsdommer har en side til kravet i artikkel 7 om at direktivets sanksjonsmidler skal anvendes på en måte som står i et rimelig forhold til inngrepet.

11.4.3 Korrigerende og forebyggende tiltak

Artikkel 12 nr. 1 bokstav c og d, samt artikkel 12 nr. 2, foreslås gjennomført i en egen bestemmelse om tiltak domstolen kan ilegge for å avbøte virkningene av foretatte inngrep eller for å hindre nye inngrep, se forslaget § 7. Forslaget bygger i noen grad på lov 31. mai 2013 nr. 25 om endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. hvor bestemmelser som lister opp ulike forebyggende tiltak, ble tatt inn i alle lovene om industrielt rettsvern. Det vises til omtale i Prop. 81 L (2012-2013) 5.4 og 5.6, særlig side 25, hvor det uttales:

«Etter forslaget presiseres det i alle lovene at forebyggende tiltak kan rette seg mot produkter som gjør inngrep og i tillegg materialer og hjelpemidler som er brukt eller tilsiktet brukt til å fremstille slike produkter. Det er bare patent- og designloven som i dag inneholder bestemmelser om at tiltakene også kan gjelde hjelpemidler som kan brukes ved inngrep. Videre foreslås det at det foretas en likelydende opplisting av aktuelle forebyggende tiltak i alle lovene. Opplistingen omfatter tilbakekallelse fra handelen, definitiv fjerning fra handelen, ødeleggelse eller utlevering til rettighetshaver. Opplistingen bør ikke være uttømmende, slik at det også vil være anledning til å pålegge andre hensiktsmessige tiltak. Etter forslaget vil det være anledning til å beslutte tiltak også når det ikke ennå har skjedd noe inngrep, men hvor det foreligger et straffbart forsøk på inngrep. Dette representerer en utvidelse i forhold til gjeldende rett hvor tiltak bare kan besluttet når det har skjedd et inngrep. I alle lovene foreslås det presisert at tiltak bare kan

besluttet i den utstrekning det finnes rimelig. Noe slikt vilkår fremgår i dag ikke av kretsmønsterloven, designloven, varemerkeloven. Avgjørelsen av om det er rimelig å pålegge tiltak og valget mellom mulige tiltak bør fattes ut fra en forholdsmessighetsvurdering der hensyn skal tas til inngrepets alvorlighet, virkningene av tiltakene og tredjeparters interesser. Dette er langt på vei en videreføring av gjeldende rett, men det kan være nyttig at dette sentrale prinsippet fremgår av lovtekstene. Det forutsettes at rimelighetsvilkåret, med den tilhørende forholdsmessighetsvurderingen, vil innebære at forebyggende tiltak ikke kan rettes mot produkter som er anskaffet av privatpersoner til forbruksformål».

I tråd med redegjørelsen over foreslås det en bestemmelse om korrigerende og forebyggende tiltak i forslaget til ny lov om forretningshemmeligheter etter mønster av bestemmelsene som i dag finnes i blant annet patentloven § 59, varemerkeloven § 59 og designloven § 41. Det foreslås imidlertid ikke at adgangen til å gi pålegg om tiltak også skal gjelde for materialer og hjelpemidler som hovedsakelig er brukt, eller tilsiktet brukt, til å fremstille varer som utgjør inngrep. Noen plikt til å innføre en slik adgang for materialer og hjelpemidler følger ikke av direktivet artikkel 12.

Avgrensningen her må sees i sammenheng med definisjonen av varer som utgjør inngrep i forslaget § 4 siste ledd. Det kreves ikke at varene inneholder forretningshemmeligheten, så lenge de «drar fordel av den». En adgang til å illegge tiltak for materialer og hjelpemidler til fremstilling av slike varer vil derfor kunne gi bestemmelsen en urimelig stor rekkevidde.

Forslaget § 7 tredje ledd viser til at avgjørelsen av om tiltak skal pålegges og valget mellom mulige tiltak skal skje ut fra en forholdsmessighetsvurdering. Bestemmelsen viser til at det ved vurderingen skal tas hensyn til «inngrepets alvorlighet, virkningene av tiltakene og tredjeparts interesser».

Gjennomføringen anses å være tilstrekkelig til å ivareta listen over hensyn i forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 13 nr. 1 første ledd.

Bestemmelsens bokstav a til d vil være omfattet av «inngrepets alvorlighet», mens bokstav e vil omfattes av «virkningene av tiltakene». Bokstav f til h vil i det vesentligste være omfattet av «tredjeparts interesser» som også omfatter mer generelle samfunnsinteresser. Det anses ikke nødvendig å innta en uttrykkelig referanse til grunnleggende rettigheter etter bokstav h, jf. fortalens avsnitt 34. Det vises i den forbindelse til drøftelsen i punkt 10.3 om gjennomføringen av artikkel 11 nr. 2 bokstav h. Det er imidlertid nødvendig å innta ett ytterligere punkt i forslaget om domstolens mulighet til å avsi dom om endring av varer som inneholder forretningshemmeligheter, slik at deres inngripende egenskaper fjernes, jf. artikkel 12 nr. 2 bokstav b. I fortalen punkt 28 vises det til at regelen er et utslag av proporsjonalitetsprinsippet, og at varene ikke bør tilintetgjøres hvis andre løsninger er tilgjengelige, slik som at varen fratas de egenskaper som bygger på urettmessig bruk av forretningshemmeligheten. Et slikt tiltak vil for eksempel kunne være å endre den bestanddelen i en sammensatt vare som bygger på en konkurrents forretningshemmeligheter, slik at varen ikke lenger drar fordel av denne. Varen vil da fortsatt kunne leveres til sluttkunden.

Det må også tilføyes at rimelighetsvurderingen i saker om inngrep i forretningshemmeligheter nødvendigvis vil skille seg noe fra rimelighetsvurderingen i saker om inngrep i industrielle rettigheter. Mens sistnevnte er enerettigheter som bygger på registreringer i offentlige registre, bygger vernet for forretningshemmeligheter på hemmelighold.

11.4.4 Bortfall av forbud og pålegg om tiltak

Etter direktivet artikkel 13 nr. 2 skal domfelte ha rett til å anmode retten om bortfall av domsvirkningene av en forbudsdom, jf. artikkel 12 nr. 1 bokstav a og b, når opplysningene som dannet grunnlaget for dommen, ikke lenger utgjør forretningshemmeligheter etter definisjonen i direktivet artikkel 2 nr. 1. Det er ikke behov for lovendring for å gjennomføre bestemmelsen. Etter tvisteloven § 19-15 tredje ledd vil domfelte ha adgang til å ta ut stevning med krav om fastsettelsesdom for at det, som følge av nye rettsfakta, ikke lenger foreligger en forretningshemmelighet, og dermed heller ikke et inngrep.

11.4.5 Fortsatt bruk mot vederlag

Direktivet artikkel 13 nr. 3 krever at medlemsstatene gir domstolen anledning til å avsi dom om fortsatt bruk av forretningshemmeligheten mot godtgjørelse som alternativ til andre tiltak, når saksøkte begjærer dette og de øvrige vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Det er ingen slik adgang etter gjeldende rett i saker om forretningshemmeligheter. Det vises til forslaget § 8 om tillatelse til fortsatt bruk mot rimelig vederlag. Liknende bestemmelser finnes alt i patentloven § 59 a, kretsmønsterloven § 7, planteforedlerloven § 24 a og designloven § 41 a. Forslaget til den nye bestemmelsen har tatt utgangspunkt i disse lovbestemmelsene.

12 Vederlag og erstatning

12.1 Gjeldende rett

Innehaverens rett til økonomisk kompensasjon ved inngrep i forretningshemmeligheter i markedsføringsloven § 48 b ble innført ved håndhevingsreformen i 2013, se Prop. 81 L (2012–2013) Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene). Endringene hadde til formål å styrke innehaverens stilling ved inngrep ved at det kan tilkjennes beløp som i større grad ivaretar innehaverens behov for kompensasjon. Det ble også vektlagt at reglene skulle ha en preventiv virkning samt gi klare rammer for fastsettelsen av vederlag og erstatning. Etter markedsføringsloven § 48 b skal den som forsettlig eller uaktsomt overtrer markedsføringsloven §§ 28 og 29, betale et vederlag til innehaveren av forretningshemmeligheten som fastsettes etter det av følgende grunnlag som er gunstigst for den forurettede: vederlag svarende til en rimelig lisensavgift for utnyttelsen, samt erstatning for skade

som følge av overtredelsen som ikke ville oppstått ved lisensiering (bokstav a), erstatning for skade som følge av overtredelsen (bokstav b), eller vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved overtredelsen (bokstav c). Også den som medvirker til overtredelse av markedsføringsloven § 28 og 29, omfattes av ansvaret etter bestemmelsen, jf. § 48 b annet ledd.

En tilsvarende utmålingsmodell med utgangspunkt i et lisensalternativ, et erstatningsalternativ og vinningsavståelsesalternativ ved inngrep, er gjennomført i lovgivningen for industrielle rettigheter, se nærmere omtale i Prop. 81 L (2012–2013) punkt 6.

Innføringen av utmålingsmodellen i 2013 tok sikte på at reglene for kompensasjon for inngrep i industrielle rettigheter skulle tilfredsstill minimumskravene i håndhevingsdirektivet artikkel 13 nr.1, jf. proposisjonens side 42 til 43.

12.2 Direktivet artikkel 14

Det følger av forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 14 nr. 1 første ledd at medlemsstatene i sin lovgivning skal sikre innehavere rett til erstatning ved inngrep i forretningshemmeligheten. Retten til erstatning forutsetter at inngriperen visste eller burde visst at vedkommende foretok seg aktiviteter som innebar en ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten.

Prinsippene for erstatningsutmålingen fremgår av artikkel 14 nr. 2. Det følger av bestemmelsens første ledd at utmålingen skal skje ut fra en samlet vurdering av alle relevante forhold, slik som de negative økonomiske konsekvensene inngrepet har hatt for innehaveren, herunder tapt fortjeneste, samt inngriperens uberettigede fortjeneste. I tillegg kan erstatningsutmålingen ta hensyn til ikke-økonomiske faktorer, slik som ikke-økonomisk skade innehaveren er blitt påført som følge av inngrepet.

Etter artikkel 14 nr. 2 annet ledd kan erstatningen også fastsettes til et beløp som minimum svarer til den lisensavgiften inngriperen skulle ha betalt for tillatelse til å utnytte forretningshemmeligheten. Det følger av fortalens punkt 30 at det vil være aktuelt å benytte dette alternativet i tilfeller hvor det på grunn av forretningshemmelighetens immaterielle karakter er vanskelig å bestemme størrelsen på skaden som inngrepet har forårsaket.

Reglene for erstatningsutmåling i direktivet artikkel 14 ligger tett opp til reguleringen i håndhevingsdirektivet artikkel 13 nr. 1.

Forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 14 nr.1 annet ledd inneholder imidlertid en særbestemmelse for tilfeller der forretningshemmelighetsinngrepet er foretatt av en ansatt, og handlingen ikke er gjort forsettlig. I slike tilfeller gir artikkel 14 nr. 1 annet ledd medlemsstatene adgang til å fastsette regler som begrenser inngriperens erstatningsansvar overfor egen arbeidsgiver.

12.3 Regelverket i Sverige og Danmark

Bestemmelser om vederlag og erstatning for inngrep i forretningshemmeligheter er inntatt i §§ 5 til 11 i lag om företagshemligheter, hvor vilkårene for erstatningsansvar fremgår av §§ 5 til 10, mens utmålingen skjer etter felles kriterier i § 11. Etter hovedregelen i § 5 skal den som forsettlig eller uaktsomt gjør inngrep i forretningshemmeligheter, erstatte den skade som inngrepet har forårsaket. Bestemmelsen presiserer at erstatningsansvaret også omfatter inngrep i forretningshemmeligheter i forskningsinstitusjoner. Ansatte og tidligere ansattes erstatningsansvar for inngrep følger av § 6, mens erstatningsansvaret for inngrep foretatt av parter og partsrepresentanter i rettslige prosesser, som har fått tilgang til forretningshemmeligheten gjennom prosessen, reguleres av § 7. Erstatningsansvar for inngrep i forretningshemmeligheter som bygger på andres tidligere inngrep er nedfelt i § 8. Ved utmålingen etter § 11 skal det tas hensyn til alle relevante omstendigheter, blant annet innehaverens tapte gevinst som følge av inngrepet, inngriperens vinning og andre omstendigheter selv om disse ikke er av rent økonomisk karakter. En lempingsregel som gir adgang til nedsetting eller bortfall av erstatning når det er «skäligt», fremkommer av bestemmelsens annet ledd.

Også den danske loven om forretningshemmeligheder oppstiller en hovedregel i § 15 om at den som forsettlig eller uaktsomt gjør inngrep i forretningshemmeligheter, skal erstatte den skade som innehaveren av forretningshemmeligheten har lidt som følge av inngrepet. Flere av utmålingsmomentene som fremheves i direktivet, er kommet direkte til uttrykk i § 15 annet ledd. Etter § 15 tredje ledd kan erstatningen, uavhengig av annet ledd, minst fastsettes til et beløp som svarer til et rimelig vederlag for utnyttelse av forretningshemmeligheten. I § 15 tredje ledd åpnes det for at det ut over erstatning også kan tilkjennes en godtgjørelse for ikke-økonomisk skade. Direktivets adgang til å lempe på arbeidstakeres erstatningsansvar etter artikkel 14 nr. 1 annet ledd er ikke foreslått gjennomført i den nye loven da en slik lempingsadgang alt antas å følge av de alminnelige lempingsreglene i erstatningsansvarsloven § 23 tredje ledd, jf. første ledd, som fastslår at en arbeidsgivers erstatningskrav mot en ansatt kun kan kreves betalt i det omfang det finnes rimelig under hensyn til den utviste skyld, arbeidstakerens stilling om omstendighetene for øvrig.

12.4 Forslaget

Forslaget legger opp til at erstatningsregelen i markedsføringsloven § 48 b videreføres for inngrep i forretningshemmeligheter i ny lov om forretningshemmeligheter. Markedsføringsloven § 48 b har en noe annen utforming enn ordlyden i forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 14 ved at § 48 b ikke inneholder noen opplisting av relevante tapsposter, og ved at erstatning for ikke-økonomisk skade ikke er uttrykkelig omtalt. Spørsmålene

ble vurdert i forbindelse med endringen av § 48 b i forbindelse med håndhevingsreformen i 2013. Endringen skjedde med utgangspunkt i håndhevingsdirektivet artikkel 13 nr. 1, som i det vesentligste samsvarer med forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 14. Når det gjelder utformingen av erstatningsbestemmelsen, vises det til omtalen i forarbeidene til § 48 b i Prop. 81 L (2012–2013) side 43, hvor det er uttalt:

«Departementet fastholder standpunktet om at det ikke bør tas inn en opplisting i lovene av hvilke tapsposter som det skal tas hensyn til ved fastsettelsen av erstatning. Erstatningen skal dekke alt tap som er forårsaket av inngrepet. En opplisting vil i praksis ikke kunne omfatte alle tapsposter som kan være relevante, men bare gi noen eksempler på relevante poster. Det er da lite å vinne på å ta inn en opplisting i lovene. Det er dessuten fare for at en opplisting kan lede til særlig oppmerksomhet omkring de tapsposter som er omfattet, og at andre relevante tapsposter som ikke er omfattet av opplistingen blir oversett.»

Spørsmålet om dekning av ikke-økonomiske tap, ble omtalt på side 42 i proposisjonen:

«Selv om Norge ikke er forpliktet til å oppfylle kravene i direktiv 2004/48/EF, er det viktig at de norske håndhevingsreglene oppfyller minimumskravene i direktivet. Det må imidlertid anses som uavklart om direktivet krever at det skal kunne utmåles en særskilt kompensasjon på grunnlag av ikke-økonomisk skade ved inngrep i industrielle rettigheter. Forslaget i proposisjonen skiller seg vesentlig fra direktivets system. Forslaget gir rettighetshaveren rett til å velge det gunstigste av flere forskjellige utmålingsgrunnlag. Etter flere av grunnlagene kan det etter omstendighetene tilkjennes beløp som overstiger rettighetshaverens økonomiske tap. Rettighetshaveren vil dermed ofte ha krav på en økonomisk kompensasjon som overstiger det økonomiske tapet selv om det ikke direkte skal tas hensyn til ikke-økonomisk skade ved utmålingen. Samlet sett gir forslaget i proposisjonen rettighetshaveren en betydelig sterkere stilling når det gjelder vederlag og erstatning enn det som følger av minimumskravene i direktivet.»

Et eksempel på utmålingsgrunnlag i markedsføringsloven § 48 b som kan overstige innehaverens økonomisk tap, er vinningsavståelsesalternativet i markedsføringsloven § 48 b første ledd bokstav c. Etter dette alternativet vil innehaveren kunne kreve kompensasjon for inngriperens økonomiske vinning uavhengig av om innehaveren selv hadde vært i stand til å oppnå denne vinningen. Det vises til den nærmere redegjørelsen for dette i Prop. 81 L (2012–2013) side 58:

«Ved etterligninger av produkter eller andre frembringelser, og ved rettsstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter eller tekniske hjelpemidler, vil det således ofte være vanskelig å føre bevis for det økonomiske tapet som den forurettede har lidt. For å sikre at det kan tilkjennes en kompensasjon som helt eller delvis dekker faktisk lidt tap, bør det også ved slike overtredelser kunne kreves kompensasjon på annet grunnlag enn erstatning for økonomisk tap. Hensynet til reglenes preventive effekt tilsier videre at overtrederen minst bør betale et rimelig vederlag for utnyttelsen, eller legge fra seg vinningen han har oppnådd, uavhengig av om den forurettede er påført et økonomisk tap».

Det vanskelig å se for seg andre situasjoner hvor det vil være aktuelt å tilkjenne kompensasjon for ikke-økonomisk skade ved inngrep i forretningshemmeligheter. Hvis en inngriper omsetter varer som markedet forbinder med innehaveren, vil innehaveren foruten ett eventuelt omsetningstap, også kunne lide et omdømmetap dersom de solgte varene har en lavere kvalitet enn de som kommer fra innehaveren. Omdømmetap vil som regel føre til et økonomisk tap for innehaveren i form av redusert fortjeneste, eller gjøre det nødvendig å iverksette tiltak for å gjenopprette omdømmet. Slikt tap vil kunne inngå som en del av beregningsgrunnlaget etter markedsføringsloven § 48 b første ledd bokstav b, se eksempelvis LG-2016-44586.

Erstatningsreglene i markedsføringsloven § 48 b vil samlet sett gi innehavere av forretningshemmeligheter en sterkere stilling når det gjelder vederlag og erstatning, enn det som følger av minimumskravene i håndhevingsdirektivet artikkel 13 nr. 1, og forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 14. Forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 1 nr. 1 annet ledd er ikke til hinder for en slik løsning.

Som redegjort for under punkt 11.3, foreslås det en bestemmelse som gir domstolene adgang til å avsi dom på fortsatt bruk av forretningshemmelighet mot vederlag, til gjennomføring av direktivet artikkel 13 nr. 3. Vederlaget for slik bruk vil fastsettes med utgangspunkt i en rimelig lisensavgift. Inngriperen vil imidlertid også være erstatningsansvarlig overfor innehaveren for perioden det foreligger et inngrep, det vil si perioden fra vedkommende ble fratatt sin aktsomme gode tro og frem til domstidspunktet. Av hensyn til sammenhengen med artikkel 13 nr. 3 foreslås det at vederlaget for dette tidsrommet også skal fastsettes ut fra lisensalternativet. De relativt strenge vilkårene for dom om fortsatt bruk etter artikkel 13 nr. 3, taler for at vederlag etter samme utmålingsalternativ for inngrepsperioden bør være en akseptabel løsning for innehaveren.

Artikkel 14 nr. 1 annet ledd åpner for at medlemsstatene i sin nasjonale lovgivning kan begrense arbeidstakers erstatningsansvar overfor egen arbeidsgiver når inngrepet ikke er forsettlig. I forslaget er det lagt til grunn at erstatningsansvar også vil gjelde der inngrepet er foretatt av en ansatt i innehaverens virksomhet og den ansatte har handlet uten forsett. Samtidig vil skadeserstatningslovens alminnelige bestemmelser kunne få anvendelse i en slik situasjon. I tråd med skadeserstatningsloven § 2-3 tredje ledd, jf. første ledd, vil en arbeidstakers erstatningsansvar overfor egen arbeidsgiver kunne lempes i tilfeller hvor det finnes rimelig under hensyn til utvist adferd, økonomisk evne, arbeidstakerens stilling og forholdene for øvrig. Det er ikke funnet behov for noen ytterligere regulering av situasjonen i forslaget.

13 Publisering av informasjon om avgjørelser

13.1 Gjeldende rett

Det er i gjeldende lovgivning ingen regler om publisering av avgjørelser i saker om inngrep i forretningshemmeligheter.

Både patentloven § 59 b, varemerkeloven § 59 a, designloven § 41 b, planteforedlerloven § 24 b og kretsmønsterloven § 8 a inneholder imidlertid bestemmelser om at retten kan bestemme at informasjon om en fallende dom i en inngrepssak skal formidles på passende måte for inngriperens regning.

Bestemmelsene om formidling av informasjon om fallende dommer i saker om industrielle rettigheter ble innført i forbindelse med håndhevingsreformen i 2013 og korresponderer til håndhevingsdirektivet artikkel 15, se nærmere omtale i Prop. 81 L (2012–2013) Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene) side 26 og 29.

13.2 Direktivet artikkel 15

Direktivet artikkel 15 nr. 1 pålegger medlemsstatene å gi domstolene adgang til å pålegge inngriperen, etter begjæring fra innehaver, å formidle informasjon om en fallende dom i en inngrepssak for inngriperens egen regning.

Det følger av direktivet artikkel 15 nr. 2 at formidlingen etter artikkel 15 nr. 1 skal skje på en måte som ivaretar konfidensialiteten knyttet til forretningshemmeligheter i henhold til artikkel 9.

Etter artikkel 15 nr. 3 første ledd skal pålegg om formidling etter artikkel 15 nr. 1 kun ilegges dersom et slikt pålegg vil være proporsjonalt. Ved proporsjonalitetsvurderingen skal retten, når det er relevant etter omstendighetene, legge vekt på forretningshemmelighetens verdi, inngriperens adferd ved tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten, konsekvensene av den ulovlige bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten og sannsynligheten for ytterligere urettmessig bruk eller formidling av forretningshemmeligheten fra inngriperen.

Etter artikkel 15 nr. 3 annet ledd skal retten også ta i betraktning om formidling av dommen og informasjon om inngriperen vil gjøre det mulig å identifisere en fysisk person. I så fall må det også vurderes om formidling fremstår som forsvarlig i lys av den skade som formidlingen kan få for inngriperens privatliv og omdømme.

13.3 Regelverket i Sverige og Danmark

Etter lag om företagshemligheter § 25 kan domstolene, etter begjæring fra innehaveren av en forretningshemmelighet, pålegge inngriperen å bekoste

egnede tiltak for å spre informasjon om dommen, dersom dette er «skäligt». Ved vurderingen av om slikt pålegg er «skäligt» skal domstolene blant annet ta hensyn til hvilke virkninger informasjonsspredningen kan få for enkeltpersoners integritet og anseelse.

Tilsvarende regler finnes i § 17 i den danske lov om forretningshemmeligheter, hvor domstolenes adgang til å bestemme offentliggjøring av dommen følger av første ledd. Det fremgår av bestemmelsens annet ledd at plikten til offentliggjøring påhviler inngriperen, som også skal bære kostnadene for offentliggjøringen. Videre følger det av § 17 annet ledd at offentliggjøringen skal skje på en slik måte at forretningshemmeligheten beskyttes.

Vurderingsmomentene som fremgår av artikkel 15 nr. 3, foreslås gjennomført i § 17 tredje ledd gjennom en positiv oppstilling.

13.4 Forslaget

Det foreslås å innta en bestemmelse om publisering av fellende dommer i saker om inngrep i forretningshemmeligheter i forslaget til § 12.

Bestemmelsen er utformet etter mønster av tilsvarende regler i lovgivningen om industrielt rettsvern. Det vil bare være aktuelt å pålegge inngriperen å dekke slike kostnader når formidlingen av dommen fremstår som et rimelig tiltak for å avbøte følgene av inngrepet og for å forebygge nye inngrep.

Forslaget legger ikke opp til en særskilt gjennomføring av artikkel 15 nr. 2. Som redegjort for under punkt 9.1, vil et pålegg om taushetsplikt etter tvisteloven § 22-12 ha samme virkning som et pålegg etter domstolloven § 128, jf. HR-2016-1363-U. Opplysninger som gjengis i domsgrunnene, og som er omfattet av taushetsplikten, skal utelates i offentlige utskrifter av dommen, og de taushetsbelagte opplysningene kan heller ikke formidles på annen måte. Et pålegg om formidling av en fellende dom på en passende måte vil ikke tilsidesette en ilagt taushetsplikt.

Forslaget legger ikke opp til at listen av momenter som retten skal legge vekt på i skjønnsutøvelsen etter direktivet artikkel 15 nr. 3, tas inn i bestemmelsen. Disse momentene inngår alt som naturlige elementer i rimelighetsvurderingen som domstolene skal foreta som et ledd i sin skjønnsutøvelse før det ilegges pålegg om formidling.

Det har vært vurdert om det skal inntas en bestemmelse som gir retten adgang til å gi pålegg om passende publisering av frifinnende dommer i saker om inngrep i forretningshemmeligheter. Reglene i artikkel 15 i forretningshemmelighetsdirektivet stiller ikke noe krav til at det skal kunne gis slikt pålegg, og noen slik adgang finnes heller ikke i lovgivningen om industrielle rettigheter. Det er vanskelig å se behov for at det generelt bør være anledning til å pålegge innehaveren av en forretningshemmelighet å dekke kostnadene ved formidling av frifinnende dommer, og forslaget inneholder ikke regler om dette.

14 Straff

14.1 Gjeldende rett

Straffehjemler for inngrep i forretningshemmeligheter finnes i dag både i markedsføringsloven § 48 og i straffeloven §§ 207 og 208.

Markedsføringsloven § 48 rammer rettsstridig utnyttelse av en bedriftshemmelighet i næringsvirksomhet. Straffeloven § 207 rammer krenkelse av forretningshemmelighet ved bruk og formidling, mens § 208 rammer rettsstridig tilegnelse.

Den delvise dobbeltreguleringen av straffansvar for bruk av forretningshemmeligheter er ikke nødvendigvis tilsiktet. Ved lov 19. juni 2009 nr. 74 om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning) ble det foreslått å oppheve markedsføringsloven 1972 §§ 7 og 8 med virkning fra ikraftsettingen av straffeloven, jf. endringsloven § 412 nr. 87.

Markedsføringsloven 1972 var på det tidspunktet allerede opphevet i sin helhet ved ikraftsettingen 1. juni 2009 av lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven). Det ble ikke gjort etterfølgende endringer i henvisningen i straffeloven § 412.

Markedsføringsloven 1972 §§ 7, 8 og 17 ble i det vesentlige videreført som §§ 28, 29 og 48 i markedsføringsloven 2009, uten at forholdet til straffeloven §§ 207 og 208 ble nærmere drøftet. Etter ikraftsettingen av straffeloven §§ 207 og 208, jf. lov 19. juni 2015 nr. 65 om ikraftsetting av straffeloven (straffelovens ikraftsettingslov), reguleres forretningshemmeligheter både av bestemmelsene i straffeloven og markedsføringsloven.

Markedsføringsloven § 48 har en strafferamme på fengsel inntil 6 måneder for vesentlige overtredelser av markedsføringsloven § 28, mens straffeloven §§ 207 og 208 har strafferammer på fengsel inntil to år for bruk og formidling av forretningshemmeligheter og fengsel i inntil ett år for tilegnelse.

Strafferammen på to år innebar en vesentlig skjerpelse i forhold til den tidligere straffeloven § 294 første ledd nr. 1 og nr. 2, som hadde en strafferamme på inntil et halvt år for uberettiget bruk av forretningshemmeligheter. Det uttales i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) side 406 at skjerpelsen av strafferammen særlig tok sikte på de alvorligste tilfellene som kjennetegnes av at handlingen har medført store skader på virksomheten som rammes, at handlingen har vært planmessig utført, eller at skadepotensialet ved handlingen har vært betydelig.

Etter markedsføringsloven § 48 femte ledd kommer straff ikke til anvendelse for overtredelse foretatt av en ekspeditør, betjent eller annen liknende underordnet når overtredelsen vesentlig har vært foranlediget av vedkommendes avhengige stilling til den næringsdrivende.

Etter § 48 sjette ledd kommer straff heller ikke til anvendelse ved overtredelse av § 28 når kunnskap om eller rådighet over bedriftshemmeligheten er oppnådd i et tjeneste- eller tillitsvervsforhold eller gjennom pliktstridig handling i et slikt forhold og mer enn 2 år er gått siden forholdet opphørte.

14.2 Forslaget

Direktivet oppstiller ikke krav om straff ved inngrep i forretningshemmeligheter, og det er vil være opp til den enkelte medlemsstaten å vurdere hvorvidt inngrep skal straffesanksjoneres og eventuelt straffenivået. I forslaget foreslås det at regulering av straffeansvaret for inngrep i forretningshemmeligheter samles i tråd med forutsetningene i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009). Hensynet til saklig sammenheng taler for at en ny bestemmelse om straffansvar for inngrep i forretningshemmeligheter plasseres i ny lov om forretningshemmeligheter, sammen med de øvrige sentrale bestemmelsene for regulering av forretningshemmeligheter, jf. NOU 2002: 4 (Ny straffelov) punkt 6.6. Tilsvarende løsninger er også konsekvent lagt til grunn i beslektet lovgivning som patentloven, åndsverkloven, varemerkeloven, designloven og planteforedlerloven.

Lovforslaget tar sikte på å videreføre straffeloven §§ 207 og 208, med tilføyelser av unntaksbestemmelser fra markedsføringsloven § 48. I likhet med de gjeldende straffebestemmelsene, inntas det ikke noe uttrykkelig skyldkrav i den nye straffebestemmelsen, slik at det vil være det alminnelige kravet til forsett i straffeloven § 21 som gjelder. Det er vurdert hvorvidt bevishensyn kan tilsi at et nytt straffebud også bør omfatte grovt uaktsomme overtredelser. Inngrep i forretningshemmeligheter vil ofte måtte konstateres på grunnlag av svært skjønnspregede vurderinger, hvor et krav til forsett vil kunne svekke straffebestemmelsens effektivitet. Som nevnt ovenfor, blant annet under punkt 8.4.3, er det i praksis store forskjeller på omstendighetene rundt inngrep i forretningshemmeligheter og dermed i straffverdigheten. Dette gjelder ikke minst i lys av hensynet til arbeidstakers bevegelsesfrihet på arbeidsmarkedet og det til dels uklare skillet mellom ansattes subjektive ferdigheter og arbeidsgivers forretningshemmeligheter. Det bør derfor i utgangspunktet skilles mellom inngrep begått som ledd i virksomhet der et vesentlig trekk er omfattende og systematiske rettighetsinngrep, herunder industrispionasje, og inngrep som skjer i forbindelse med utøvelse av vanlig næringsvirksomhet. Det er særlig for den førstnevnte kategorien at strafforfølgning vil være en egnet sanksjon. En stor del av inngrepene som faktisk finner sted, skjer under slike omstendigheter at strafforfølgning ikke er ønskelig, og ofte heller ikke vil være noe alternativ på grunn av kravet til forsett. For slike inngrep vil kun sivilrettslige sanksjoner være aktuelle. Det vil være et kjennetegn ved de straffverdige inngrep i forretningshemmeligheter at de involverte har utvist en grad av skyld som i det minste vil kunne omfattes av straffeloven § 22 første ledd bokstav c. Et

krav om forsett vil dermed ikke vanskeliggjøre straffeforfølgning av de straffverdige inngrepene i vesentlig grad.

Direktivet artikkel 13 nr. 3 gir adgang til å tillate fortsatt bruk mot vederlag der inngrepet opprinnelig skjedde i god tro. Det er derfor vurdert hvorvidt bruk bør straffesanksjoneres når vilkårene for dom om fortsatt bruk mot vederlag kan være aktuelt, selv om det ennå ikke er avsagt slik dom. Det gjelder særlig i lys av artikkel 13 nr. 3 bokstav b, som oppstiller som vilkår for dom om fortsatt bruk at en reaksjon etter artikkel 12 vil påføre inngriperen uforholdsmessig stor skade.

Forslaget legger opp til at i situasjoner hvor inngriperen var i aktsom god tro ved tilegnelsen av forretningshemmeligheter, kommer straff for etterfølgende inngrep i forretningshemmeligheten bare til anvendelse ved grove inngrep. Ved grove inngrep er det klart at vilkårene for fortsatt bruk mot vederlag etter § 8 ikke er oppfylt.

Det har vært vurdert om inngrepshandlinger, hvor inngriperen opprinnelig har vært i god tro, generelt skal unntas fra straffansvar. Et slikt unntak vil imidlertid gå utover tilfellene hvor det vil være adgang til å avsi dom om fortsatt bruk og omfatte inngrep som vil være straffverdige til tross for at tilegnelsen opprinnelig skjedde i god tro. Det er derfor ikke ønskelig at unntaket fra straffeansvar skal trekkes så vidt.

Forslaget inneholder også en tidsmessig avgrensning av straffansvaret som viderefører markedsføringsloven § 48 sjette ledd. Bestemmelsen fastslår at straff ikke kommer til anvendelse ved inngrep i forretningshemmeligheter når kunnskap om eller rådighet over bedriftshemmeligheten er oppnådd i et tjeneste- eller tillitsvervsforhold eller gjennom pliktstridig handling i et slikt forhold og mer enn to år er gått siden forholdet opphørte. Se også vurderingen i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) Om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning) på side 80:

«Når det gjelder personer som ikke lenger er tilknyttet bedriften går departementet inn for å videreføre at straffetrusselen kun skal gjelde de første to årene etter at arbeids- eller eierforholdet ble avsluttet. Spørsmålet om videreføring ble også reist, og voldte atskillig tvil, i innstillingen fra konkurranselovkomiteen fra 1966, jf. side 52-53. Det ble pekt på at en slik grense fort kunne bli tilfeldig, men samtidig ble det lagt avgjørende vekt på at beskyttelsen av bedriftshemmeligheter ville bli for lett å omgå uten en slik «sperrefrist». Departementet anser det som nødvendig å beholde en tidsmessig begrensning av straffansvaret, og har ikke funnet grunnlag for å endre gjeldende rett på dette punktet.»

Det er på dette punktet ikke samsvar mellom omtalen i de alminnelige delene av proposisjonen og forslaget til lovtekst hvor den aktuelle begrensningen i straffeansvaret ikke fremgår.

Det antas at straffverdige inngrep i forretningshemmeligheter normalt vil ha et omfang og en karakter som det vil være mulig å oppdage innen to år etter

forholdets opphør. Unntaket gjelder kun det personlige straffansvaret og er ikke til hinder for idømmelse av foretaksstraff etter straffeloven kapittel 4.

Forslaget viderefører det gjeldende straffeansvaret for medvirkning og forsøk som følger av de generelle bestemmelsene i straffeloven §§ 15 og 16.

Det foreslås videre å heve strafferammen for inngrep i forretningshemmeligheter, slik at den blir bøter eller fengsel inntil ett år, mens de mest straffverdige overtredelser vil ha en strafferamme på fengsel inntil tre år. Forslaget tilsvarer strafferammene i lovene om industrielt rettsvern etter håndhevingsreformen i 2013, men er tilpasset systematikken i straffeloven 2005 ved at forslaget ikke benytter egne strafferammer for særdeles skjerpende og formildende omstendigheter, men kun graderer inngrepet som henholdsvis vanlig og grov overtredelse. I tillegg vil straffebudet for grov overtredelse angi de sentrale momentene av både objektiv og subjektiv karakter som er avgjørende for at overtredelsen anses som grov, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven) side 59.

For sondringen mellom vanlig og grovt inngrep i forretningshemmeligheter vises det til vurderingen på side 80 i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) Om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning):

«Den øvre del av strafferammen bør reserveres for de alvorlige tilfellene. Typiske kjennetegn på slike vil være at de har medført store skader på den rammede virksomheten, og hvor handlingen bar preg av å være planmessig utført eller hvor skadepotensialet var betydelig. Dette er momenter som er kjennetegn på de grove tilfellene i resten av Norden. På samme måte som tidligere bør strafferammen for den som rettsstridig oppnår kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet, straffes noe mildere.»

Hevingen av strafferammen for inngrep i industrielle rettigheter i 2013 ble begrunnet med den økte betydningen av immaterielle verdier samt økt omfang av rettighetsinngrep, se særlig Prop. 81 L (2012–2013) side 52 til 54, hvor det innledningsvis fremheves på side 52:

«Departementet konstaterer at forslaget om å heve strafferammene i lovgivningen om industrielt rettsvern – til fengsel inntil ett år og inntil tre år ved særlig skjerpende omstendigheter – har fått bred støtte under høringen. Dette underbygger at gjeldende lovgivning ikke i tilstrekkelig grad gir uttrykk for straffverdigheten ved inngrep i industrielle rettigheter. Industrielle og andre immaterielle rettigheter og verdier har fått større betydning enn tidligere. Det er videre mange holdepunkter for at omfattende og systematiske rettighetsinngrep har fått et stort omfang. Dette tilsier at forslaget om skjerpelse av strafferammene bør følges opp.»

Når det gjelder det økte omfanget av omfattende og systematiske rettighetsinngrep, uttales det videre:

«Forslaget i høringsnotatet må sees i sammenheng med bestemmelsen i straffeloven § 60 a om forhøyelse av maksimumsstraffen for straffbare handlinger som er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe. Det er mye som tyder på at omfattende og systematiske inngrep i industrielle rettigheter ofte skjer som ledd i organisert virksomhet hvor flere personer er involvert, og hvor disse ofte også driver med andre former for kriminell aktivitet. Straffeloven § 60 a vil dermed komme til anvendelse i mange saker om inngrep i industrielle rettigheter. Straffeloven § 60 a innebærer at maksimumsstraffen i et straffebud forhøyes til det dobbelte når en straffbar handling er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe (en i hovedsak tilsvarende bestemmelse finnes i § 79 bokstav c i straffeloven 2005). Med organisert kriminell gruppe menes etter straffeloven § 60 a annet ledd en organisert gruppe på tre eller flere personer som har som et hovedformål å begå en handling som kan straffes med fengsel i minst tre år, eller hvor en vesentlig del av virksomheten består i å begå slike handlinger. Så lenge gruppen er omfattet av straffeloven § 60 a, kan straffeloven § 60 a også brukes på andre handlinger som begås som ledd i virksomheten til gruppen, og som har en lavere strafferamme enn fengsel i minst tre år. Når straffeloven § 60 a kommer til anvendelse vil den ordinære og den utvidete strafferammen i høringsforslaget forhøyes til henholdsvis to og seks år. Departementet fastholder på denne bakgrunn at en ordinær strafferamme på fengsel inntil ett år og inntil tre år ved særlig skjerpene omstendigheter er passende ved inngrep i industrielle rettigheter.»

Regler om forhøyelse av maksimumsstraffen for straffbare handlinger som er utøvet som ledd i aktivitetene til en organisert kriminell gruppe, er nå inntatt i straffeloven § 79 bokstav c.

Begrunnelsen over er også dekkende for forretningshemmeligheter som, i likhet med immaterielle rettigheter, vil være særlig sårbare for inngrep slik som industrispionasje. Inngrep i forretningshemmeligheter vil ikke bare kunne skade mulighetene for innehaverens kommersielle utnyttelse, men også redusere innehaverens kontroll over hemmeligheten og øke risikoen for at hemmeligheter blir allment kjente slik at vernet bortfaller.

En heving av at strafferammen vil derfor i større grad reflektere straffverdigheten ved de mer alvorlige inngrepene i forretningshemmeligheter. Selv med en slik økning, vil strafferammene for grove inngrep ligge betydelig lavere enn strafferammene i henholdsvis Sverige og Danmark. I lag om företagshemligheter § 26 er strafferammen to år for vanlige inngrep, og seks år ved grove overtredelser, med en minimumsstraff på seks måneder for de grove tilfellene. I den danske loven om forretningshemmeligheder § 18, som kun omfatter vanlige inngrep, er strafferammen på 1 år og 6 måneder. Grove inngrep reguleres av straffeloven § 299 a, som har en strafferamme på inntil 6 år.

Behovet for videreføring av unntaksbestemmelsen for inngrep foretatt av en ekspeditør, betjent eller annen liknende underordnet etter markedsføringsloven § 48 femte ledd har vært vurdert. Markedsføringsloven § 48 femte ledd er en unntaksbestemmelse som ikke begrenser seg til overtredelse av markedsføringsloven §§ 28 og 29, men omfatter også

uaktsomme vesentlige overtredelser av §§ 7 eller § 8, jf. § 6 fjerde ledd jf. første ledd, § 11 første ledd, § 26 eller § 27. Mens underordnedes uaktsomme vesentlige overtredelse av de sistnevnte bestemmelsene muligens kan fremstå som mindre straffverdige, er det mer usikkert om det samme kan sies å gjelde for forsettlig inngrep, og medvirkning til inngrep, i forretningshemmeligheter.

Den generelle regulering av straffenivået for lovovertrедelser som utføres på grunn av avhengighetsforhold til andre, finnes i straffeloven § 80 bokstav c nr. 1. Etter denne bestemmelsen vil straff i slike tilfeller kunne settes til under minstestrafen i straffebudet, eller til en mildere straffart. I lys av den endrede oppfatningen av straffverdigheten av inngrep i forretningshemmeligheter og de foreslåtte hevingene av strafferammene for inngrep i forretningshemmeligheter, anses reguleringen i straffeloven § 80 som tilstrekkelig for å ivareta hensynet til underordnede. Unntaksbestemmelsen i markedsføringsloven § 48 femte ledd foreslås derfor ikke videreført for inngrep i forretningshemmeligheter etter forslaget.

15 Sanksjoner ved manglende etterlevelse av tiltak

15.1 Krav om sanksjoner ved manglende overholdelse av direktivet

Direktivet artikkel 16 stiller krav om at medlemsstatene har sanksjonsmidler tilgjengelig ved manglende etterlevelse av tiltak som nevnt i direktivet artikkel 9, 10 og 12. Manglende etterlevelse av avgjørelser kan undergrave effektiviteten til de håndhevingsmidlene direktivet stiller til rådighet for innehaveren av forretningshemmeligheten, jf. fortalen punkt 32. Det er derfor nødvendig å sikre at passende sanksjoner er tilgjengelige. Sanksjonene skal være effektive, stå i rimelige forhold til krenkelsen og ha avskrekkende virkning. Ved manglende etterlevelse av tiltak fattet etter direktivet 10 og 12, kreves det at løpende tvangsmulkt kan ilegges, jf. artikkel 16 nr. 2.

15.2 Regelverket i Sverige og Danmark

Behovet for gjennomføring av forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 16 i svensk rett drøftes i SOU 2017:45 side 246 flg. Det vises til at etter 1990-loven kan forbud mot bruk og formidling av forretningshemmeligheter forenes med trussel om mulkt. Adgangen er videreført i ny lag om företagshemligheter §§ 14 til 16. Når det gjelder andre tiltak etter direktivet artikkel 10 og 12, følger det av allmenne prinsipper at beslutninger som pålegger saksøkte en handleplikt kan kombineres med mulkt. I forarbeidene til loven vurderes det som tilstrekkelig for å oppfylle kravene i artikkel 16 nr. 2. Når det gjelder tiltak for å bevare konfidensialitet i forbindelse med rettslige prosesser etter artikkel 9, anses kravene i direktivet artikkel 16 nr. 1 for å være ivaretatt gjennom utformingen av tiltakene knyttet til artikkel 9, se nærmere omtale i punkt 9.3.

Etter dansk rett var det tidligere kun adgang til å straffesanksjonere manglende etterlevelse av forbud og påbud ilagt ved midlertidig forføyning og forbud og påbud som følge av rettskraftig dom. Etter lov om forretningshemmeligheter § 16 kan fogedretten ilegge løpende tvangsmulkt som fastsettes daglig eller ukentlig, inntil forbud, påbud eller annet tiltak overholdes. Fogedretten kan også fastsettes et overtredelsesgebyr som forfaller på en nærmere angitt tidspunkt, hvis det aktuelle tiltaket ikke er overholdt innen fristen.

15.3 Forslaget

Det legges til grunn at reglene om tvangsfullbyrdelse i tvangsfullbyrdsloven kapittel 13, og bestemmelsene i forslaget til ny lov om forretningshemmeligheter til beskyttelse av forretningshemmeligheter i forbindelse med rettslige prosesser vil være tilstrekkelige til å ivareta kravene i direktivet artikkel 16.

Brudd på taushetsplikt og bruksforbud som er ilagt etter tvisteloven § 22-12, vil innebære et inngrep i forretningshemmeligheter etter forslaget § 3 annet ledd bokstav c, og være gjenstand for reaksjoner og sanksjoner etter §§ 6, 7, 9, 10 eller 11 i lovforslaget. Det legges til grunn at dette vil være tilstrekkelig for å oppfylle kravene etter artikkel 16 for tiltak etter artikkel 9. Brudd på taushetsplikt kan i tillegg være gjenstand for rettergangsbot etter domstolloven kapittel 10.

Direktivets krav om at tvangsmulkt skal kunne ilegges ved manglende etterlevelse av tiltak etter direktivet artikkel 10 og 12, jf. artikkel 16 nr. 2, vil i det vesentligste være ivaretatt av tvangsfullbyrdsloven § 13-14. Det følger av bestemmelsen at tingretten ved kjennelse kan pålegge saksøkte en løpende mulkt for hver dag eller uke som går uten at en handleplikt som følger av tvangsgrunnlaget blir oppfylt. Bestemmelsen kommer også til anvendelse ved midlertidige forføyninger, jf. tvisteloven § 34-4 første ledd. Tvangsmulkt etter tvangsfullbyrdsloven § 13-14 kan pålegges hvis inngriperen ikke etterlever et rettslig pålegg om å ødelegge dokumenter og gjenstander som inneholder forretningshemmeligheten etter forslaget § 7 første ledd, eller et annet rettslig pålegg etter forslaget § 7 annet ledd bokstav a, b eller d. Ved forbud mot å gjenta eller gjennomføre inngrep etter forslaget § 6, vil pålegg om tvangsmulkt først bli aktuelt dersom pålegget brytes, se tvangsfullbyrdsloven § 13-16 annet ledd, jf. § 13-14.

Ved rettslig pålegg om utlevering av dokumenter og gjenstander til saksøker etter forslaget § 7 første ledd, samt annet ledd bokstav e, vil tvangsmulkt først være aktuelt dersom det aktuelle dokumentet eller gjenstanden ikke befinner seg i saksøktes besittelse, jf. tvangsfullbyrdsloven § 13-8 annet ledd. Hvis dokumentet eller gjenstanden er i saksøktes besittelse, skjer tvangsfullbyrdelse ved at namsmannen tar det som skal leveres fra saksøkte

og levere det til saksøkeren, jf. tvangsfullbyrdsloven § 13-8 første ledd. En slik fullbyrdsesmåte anses mer effektiv for innehavere av forretningshemmeligheter og det anses ikke å være i strid med artikkel 16 at tvangsmulkt i slike tilfeller har en sekundær karakter.

16 Økonomiske og administrative konsekvenser

Vern for forretningshemmeligheter er viktig for å sikre virksomheters konkurransekraft og for å legge til rette for nyskapning og kunnskapsoverføring. I en kunnskapsdrevet økonomi blir vernet viktigere enn tidligere. Forslaget innebærer at håndhevingsmidlene ved inngrep i forretningshemmeligheter styrkes. Det vil dermed bli enklere for næringslivet å motvirke inngrep og å oppnå kompensasjon som sikrer at innehaveren blir holdt økonomisk skadesløs når inngrep likevel har funnet sted. Praktisk viktig er også at forslaget innfører et forbud mot innføring, utføring eller lagring av varer som utgjør inngrep uten at det stilles krav om at varen selv inneholder forretningshemmeligheten.

Forslaget gjennomfører direktiv (EU) 2016/943 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig ervervelse, bruk og videreformidling. Direktivet harmoniserer viktige sider ved vernet for forretningshemmeligheter. Det innføres en legaldefinisjon av forretningshemmeligheter som innebærer at det innad i EØS vil være en lik forståelse av hvilke opplysninger som vernes. På samme måte oppstilles krav til sivilrettslige håndhevingsmidler som skal være tilgjengelig for innehaveren av forretningshemmeligheten. Effektive og sammenlignbare håndhevingsmidler innad i EØS skal legge til rette for grenseoverskridende aktivitet fra nyskapende og kunnskapsintensive virksomheter. For slike foretak i Norge vil et forsterket og harmonisert vern legge til rette for eksport, økte investeringer og økt konkurransekraft, og derigjennom kunne gi økt sysselsetning. Det er imidlertid ikke mulig å tallfeste slike virkninger. Det er heller ikke mulig å angi hvor mange foretak som berøres, i hvilke bransjer eller størrelsen på disse foretakene. Det legges til grunn at forslaget har betydning for foretak i sin alminnelighet. Samtidig vil forslaget være av særlig betydning for nyskapende foretak, særlig mindre foretak som bygger hele sin virksomhet på ett fåtalls innovasjoner eller forretningsideer.

Forslaget innebærer en forenkling ved at rettstilstanden klargjøres, og ved at vernet for forretningshemmeligheter og reglene om håndhevingsmidler samles i en ny lov. Det vil særlig være til fordel for små og mellomstore bedrifter med begrensede ressurser til håndheving av inngrep.

Det er viktig at regler til vern for forretningshemmeligheter ikke benyttes uberettiget av store etablerte foretak for å presse små oppstartbedrifter ut av markedet. Forslaget gir ikke økt risiko for at små bedrifter skal lide slikt rettstap, og i den sammenheng er det viktig å understreke at det ikke

foreslås endringer i kravene til sikringsgrunn og hovedkrav ved midlertidig forføyning.

Forslaget innebærer et styrket vern for forretningshemmeligheter i forbindelse med rettslige prosesser, utvider kretsen av inngripere som sanksjoner kan anvendes overfor, samt gir innehaveren flere håndhevingsmidler. Det gjør at antallet saker for domstolen kan øke. Det er i dag svært få saker om forretningshemmeligheter som behandles i domstolsapparatet, vanligvis under tre saker i året. De nye forslagene kan i tillegg føre til at innehaveren av forretningshemmeligheter i saker for domstolene gjør gjeldende flere alternative eller kumulative krav. Samlet sett legges det til grunn at en eventuell økning i antall saker eller i enkeltsakers kompleksitet, vil være helt marginal. Endringene vil være av så begrenset betydning for arbeidet ved domstolene, at det ikke kan sies å innebære noen budsjettmessige konsekvenser.

Verken direktivet eller forslaget har til formål å begrense arbeidstakeres mobilitet på arbeidsmarkedet. Det er foreslått at lovens definisjon av forretningshemmeligheter uttrykkelig avgrenses mot arbeidstakerens subjektive ferdigheter. Det legges til grunn at det styrkede vernet for forretningshemmeligheter ikke skaper økte innlåsingeffekter for ansatte i virksomheten.

Det legges til grunn at forslaget samlet sett ikke vil ha vesentlige økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige.

17 Merknader til de enkelte lovbestemmelsene

Til § 1 Lovens formål og virkeområde

Bestemmelsens *første ledd* angir at lovens formål er å gi innehavere av forretningshemmeligheter et vern mot urettmessig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheten. I tråd med formålet gjennomfører loven direktiv (EU) 2016/943 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig ervervelse, bruk og videregivelse i norsk rett.

Det rettslige rammeverket for Svalbard skal være mest mulig likt fastlandet, og ny lovgivning for fastlandet skal derfor som en hovedregel skal gis anvendelse for Svalbard, med mindre særlige forhold taler mot dette, eller det er behov for unntak eller tilpasninger, jf. Meld. St. nr. 32 (2015-2016) Svalbard punkt 5.1. I tråd med dette utgangspunktet følger det av § 1 *annet ledd* at loven også gjelder for Svalbard og Jan Mayen. Se nærmere omtale av lovens geografiske virkeområde i punkt 3.3.

Til § 2 Definisjoner

Forslaget § 2 gjennomfører de to sentrale definisjonene i direktivet; «forretningshemmeligheter», jf. artikkel 2 nr. 1 og «innehaver av en forretningshemmelighet» jf. artikkel 2 nr. 2. Det er ikke funnet grunn til å gjennomføre definisjonen av «krænkende part» i artikkel 2 nr. 3. Begrepet «krænkende varer» i artikkel 2 nr. 4 er gjennomført i § 4 annet ledd.

I § 2 første ledd oppstilles tre krav for at opplysninger skal utgjøre forretningshemmeligheter. Ordlyden i direktivet tilsvarer definisjonen av fortrolige opplysninger i TRIPS-avtalen artikkel 39. Kravene til forretningshemmeligheter i § 2 første ledd gis, i tråd med direktivet, et noe annet språklig uttrykk enn det som følger av gjeldende rett.

Etter dagens regler i straffeloven og markedsføringsloven gis det parallelt med vernet for forretningshemmeligheter, et vern for betrodde tekniske hjelpemidler i egne bestemmelser, jf. straffeloven §§ 207 annet ledd og 208 og markedsføringsloven § 29. Tekniske hjelpemiddel er tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller lignende. Kravet etter markedsføringsloven § 29 og straffeloven §§ 207 annet ledd og 208 om at tekniske hjelpemidler må være «betrodd» for å ha vern, forutsetter at disse ikke kan være allment kjent eller lett tilgjengelig. Av samme kriterium følger det at innehaveren har søkt å motvirke spredning av hjelpemidlene.

Det følger klart av direktivet at det ved definisjonsbestemmelsen ikke tas sikte på å begrense hvilke typer opplysninger som dekkes av vernet. Fortalen punkt 14 viser til at definisjonen omfatter «knowhow, forretningsopplysninger og teknologiske opplysninger».

Definisjonen av forretningshemmeligheter i § 2 første ledd bygger på samme vide forståelse av begrepet, og tekniske hjelpemidler vil derfor omfattes av lovens vern når kravene i bokstav a til c er oppfylt. I praksis vil det si at de tekniske hjelpemidlene er «bærere» av opplysninger som dekkes av definisjon. En urettmessig tilegnelse av et slikt hjelpemiddel vil utgjøre et inngrep i en forretningshemmelighet etter § 3 første ledd, ettersom inngriperen har fått rådighet over en gjenstand som forretningshemmeligheten kan utledes fra. Endringen fra dagens reguleringer anses derfor ikke å berøre vernets innhold.

I § 2 første ledd bokstav a oppstilles det et vilkår om at opplysningene er hemmelige. Tradisjonelt har det blitt beskrevet som at opplysningene må være foretaksspesifikke. Både etter gjeldende rett og etter direktivet er dette grunnvilkåret forstått slik at opplysningene ikke må være allment kjent eller lett tilgjengelig. I direktivet er det lagt inn følgende tillegg til det siste alternativet «almindeligt kendt blandt eller umiddelbart tilgængelige for personer i de kredse, der normalt beskæftiger sig med den pågældende type oplysninger». Det er ansett unødvendig å presisere dette i lovteksten.

Kravet til hemmelighold kan være oppfylt ved at opplysningene som inngår i forretningshemmeligheten, i sin helhet er hemmelige. Ofte vil det nyskapende kunne ligge i måten opplysningene er satt sammen på.

Sammenstillingen kan derfor bestå av opplysninger som enkeltvis er allment tilgjengelig, for eksempel en oppskrift. I tillegg vil enkelte opplysninger kunne være kjent uten at det fratar samlingen av opplysninger vern, for eksempel en kundebase hvor enkelte kundeforhold er offentlig kjent.

Det er videre et krav at opplysningene må ha kommersiell verdi som følge av at de er hemmelige, jf. forslaget § 2 bokstav b. Det er ikke legitimt behov for vern av opplysninger uten verdi for bedriften selv eller i markedet. Kravet om kommersiell verdi vil både dekke faktisk og potensiell verdi. Kriteriet vil være oppfylt hvor inngrep kan skade interessene til innehaveren av opplysningene ved å undergrave vitenskapelig eller teknisk potensiale, forretningsmessig eller finansiell interesser, strategisk plassering eller evne til å konkurrere. Kriteriet innebærer at ubetydelig opplysninger ikke vil utgjøre forretningshemmeligheter.

Det kreves videre at innehaveren har truffet tiltak som etter omstendighetene fremstår som rimelige, for å sikre at opplysningene forblir hemmelige, jf. § 2 første ledd bokstav c. I dette ligger at innehaveren ut fra de konkrete omstendighetene og de tiltakene som er foretatt, har en berettiget forventning om at opplysningene forblir hemmelige. Det er ikke tilstrekkelig at innehaveren selv ikke har spredd informasjonen. Kravet til rimelige tiltak innebærer en konkret vurdering av forholdene hos innehaveren. Tiltakene bør vurderes både med utgangspunkt i hvordan driften er innrettet og hvilke risikofaktorer det er naturlig å iverksette tiltak mot.

Tiltak kan bestå i fysiske eller tekniske adgangsbegrensninger for ansatte som ikke trenger opplysningene for utføringen av sitt arbeid. For ansatte som har tilgang til opplysningene i sitt arbeid, vil interne retningslinjer for håndtering av opplysningene være ett mulig tiltak. For andre oppdragstagere som har tilgang til opplysningene, kan kontraktsfestede konfidensialitetsklausuler være et aktuelt tiltak. Det kan også være aktuelt med klar merking av opplysninger eller gjenstander bedriften anser som forretningshemmeligheter. Se for øvrig omtalen av begrepet forretningshemmeligheter i punkt 4.1.4.

I § 2 *annet ledd* avgrenses begrepet mot arbeidstakeres bruk av alminnelig erfaring og ferdigheter som er tilegnet under et ansettelsesforhold. Slike subjektive egenskaper hos arbeidstakeren dekkes ikke av definisjonen av forretningshemmeligheter. Definisjonen av forretningshemmeligheter forutsetter at det foreligger opplysninger som i en viss grad kan konkretiseres og dermed kan overføres mellom personer eller lagres på et eksternt medium. Det kreves ikke at opplysningen *er* lagret på denne måten. Kunnskap som ikke gjennom instruksjon eller anvisning kan overføres fra en person til en annen, bør anses å være av personlig art og inngår ikke som en del av virksomheten.

Avgrensningen samsvarer med det som følger av gjeldende rett. Det vises til forarbeidene til markedsføringsloven 1972 i innstilling fra

Konkurranselovkomiteen 1966 s. 48, hvor det legges til grunn at «[d]e almindelige kunnskaper og erfaringer som en arbeider eller funksjonær vinner under sitt arbeid- erfaringer av allmenn, fagmessig art, er ikke bedriftshemmeligheter».

Som sitatet viser vil slike erfaringer eller ferdigheter kunne sies å falle utenfor begrepet forretningshemmeligheter alene på grunn av sin alminnelige karakter. Selv erfaringer eller ferdigheter som ikke deles av en stor krets, vil kunne anvendes uten å komme i strid med vernet for forretningshemmeligheter. Begrensninger i muligheten til å nyttiggjøre innlærte arbeidsformer vil innebære en for vidtgående begrensning for arbeidstakere. Det følger uttrykkelig av direktivet artikkel 1 nr. 3 at direktivet ikke gir anledning til å begrense arbeidstakers mobilitet. Særlig gjelder det begrensninger i arbeidstakers bruk av erfaring og kompetanse som er ervervet i løpet av et ansettelsesforhold på normalt og ærlig vis, jf. artikkel 1 nr. 3 bokstav b. Avgrensningen som følger av loven § 2 annet ledd, er prinsipielt viktig for å sikre arbeidstakers mobilitet på arbeidsmarkedet. Det er bakgrunnen for at avgrensningen uttrykkelig er foreslått inntatt i lovteksten. En tilsvarende avgrensning er inntatt i definisjon av forretningshemmeligheter i den svenske lagen om företagshemligheter § 2 annet ledd første punktum.

I § 2 *tredje ledd* defineres begrepet innehaver av en forretningshemmelighet. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 2 nr. 2 og følger ordlyden i direktivet. Begrepet er inntatt i definisjonsbestemmelsen av regeltekniske hensyn for å forenkle ordlyden i andre bestemmelser i forslaget.

Til § 3 Inngrep i en forretningshemmelighet

Bestemmelsen angir hovedformene av inngrepshandlinger etter loven. I tillegg kommer handlinger knyttet til varer som utgjør inngrep, jf. forslaget § 4. Forslaget § 3 gjennomfører direktivet artikkel 4 nr. 2 til nr. 4 og artikkel 5.

Begrepet inngrep i forretningshemmeligheter er nytt med forslaget og brukes som fellesbetegnelse på former for urettmessig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheten. I gjeldende rett er det ingen innarbeidet fellesbetegnelse for å beskrive handlinger i strid med vernet for forretningshemmeligheter.

Alle inngrepstypene forutsetter at handlingen er urettmessig. Rettsstridsreservasjonen vil gjelde generelt, men har i tillegg en egen funksjon i gjennomføringen av unntakstilfellene i direktivet artikkel 5. Det vises til nærmere omtale av bestemmelsen i høringsnotatet punkt 5.4.3. En grunnleggende forutsetning for at handlingen er urettmessig, er at den skjer uten samtykke fra innehaveren av forretningshemmeligheten, jf. artikkel 4 nr. 2 og nr. 3.

Rettsstridig tilegnelse av forretningshemmeligheter er i dag bare regulert i straffeloven § 208. Den aktuelle handlingen beskrives ofte som bedrifts- eller industrispionasje. I forslaget konkretiseres forbudet mot urettmessig tilegnelse ved at ulike tilegnelseshandlinger fremgår uttrykkelig at lovteksten. Det klargjøres også at tilegnelse er en selvstendig form for inngrep som kan møtes med lovens håndhevingsmidler.

Bestemmelsens *første ledd* rammer former for urettmessig tilegnelse av en forretningshemmelighet. Kjernen i tilegnelseshandlingen er at inngriperen enten skaffer seg kunnskap om innholdet i forretningshemmeligheten, eller skaffer seg rådighet over et dokument eller gjenstand hemmeligheten kan utledes fra. Dokumentbegrepet skal forstås teknologinøytralt og vil dekke logisk avgrensede informasjonsmengder som er lagret på et medium for senere avlesing eller avspilling.

Begrepet gjenstand skal på samme måte forstås vidt og dekker blant annet ulike materialer, stoffer og elektronisk software. Det vil således foreligge et inngrep etter bestemmelsen selv om personen ikke selv kjenner innholdet i opplysningen.

Bestemmelsen gir anvisning på fire alternative måter forretningshemmeligheten kan tilegnes. For det første tilegnelse ved urettmessig adgang til dokumenter eller gjenstander som inneholder forretningshemmeligheten. Alternativet dekker den som ikke har adgang til innehaverens lokaler mv. i egenskap av arbeids- eller oppdragsforhold, og som på uberettiget vis skaffer seg tilgang til virksomheten. Alternativet gjelder tilsvarende for ansatte eller andre tilknyttet virksomheten som skaffer seg adkomst til deler av virksomheten de ikke har tilgang til gjennom sitt virke. Bestemmelsen gjelder ikke bare fysiske deler av virksomheten, men vil også gjelde datainnbrudd eller annen urettmessig tilgang til informasjon som er elektronisk lagret. Tilegnelse etter dette alternativet vil ofte skje i kombinasjon med at dokumenter eller andre gjenstander som inneholder forretningshemmeligheten, tas med eller kopieres. Sistnevnte alternativer utgjør selvstendige former for tilegnelse etter § 3 første ledd annet og tredje alternativ. Uavhengig av om inngriperen har adgang til lokalene der dokumentene eller gjenstandene befinner seg eller ikke, vil det foreligge en selvstendig tilegnelseshandling hvis inngriperen setter seg i besittelse av originale dokumenter eller gjenstander, eller en kopi av slike.

Den siste formen for tilegnelse som bestemmelsen viser til, er ved annen adferd i strid med god forretningsskikk. Alternativet har karakter av å være en sikkerhetsventil. Faktum i SAS/Braathens-saken i Rt. 2007 s. 1841 kan illustrere anvendelsen av bestemmelsen. Hvis en virksomhet med utgangspunkt i en oppdragsavtale er gitt elektronisk tilgang til kontraktspartens sensitive markedsdata, og virksomheten fortsetter å hente ut informasjon fra systemet etter at oppdragsforholdet er bortfalt, vil det foreligge en tilegnelse av opplysninger i strid med god forretningsskikk. God

forretningsskikk vil utgjøre en selvstendig rettslig standard, og det er i disse tilfellene vanskelig å se at kravet om at tilegnelsen skal være «urettmessig» tilføyer noe til vurderingen.

Forslaget § 3 annet ledd forbyr urettmessig bruk og formidling av forretningshemmeligheter. Det nærmere innholdet i urettmessighetsvurderingen vil kunne variere ut fra hvordan inngriperen har fått kunnskap om eller rådighet over forretningshemmeligheten. I § 3 annet ledd vises det til tre ulike grunnlag som kommenteres i det følgende.

Forslaget § 3 annet ledd bokstav a rammer etterfølgende bruk eller formidling av en forretningshemmelighet når kunnskap om eller rådighet over hemmeligheten er oppnådd ved urettmessig tilegnelse. Bestemmelsen gjennomfører handlingsalternativet i artikkel 4 nr. 3 bokstav a. I dagens lovgiving vil forbudet mot rettsstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter i markedsføringsloven § 28 annet ledd dekke etterfølgende bruk og formidling mot vederlag av hemmeligheter som er tilegnet ved noens brudd på taushetsplikt eller annen rettsstridige handling. Gjeldende bestemmelser i straffeloven regulerer ikke slik etterfølgende bruk.

Også ved etterfølgende bruk eller formidling av forretningshemmeligheten, må handlingens urettmessighet vurderes. Det kan ikke utelukkes at det foreligger konkrete omstendigheter som gjør etterfølgende bruk eller formidling tillatt, eksempelvis forhold som nevnt i direktivet artikkel 5. Tilsvarende vil gjelde hvis det foreligger et mellomliggende samtykke fra innehaveren til bruken eller formidlingen, for eksempel ved inngåelse av en lisensavtale mellom partene.

Forslaget § 3 annet ledd bokstav b forbyr personer som har fått kunnskap om eller rådighet over forretningshemmeligheten som følge av et arbeidsforhold eller annet tilknytningsforhold til innehaveren, å bruke eller formidle forretningshemmeligheten urettmessig. Bestemmelsen gjennomfører sammen med § 3 annet ledd bokstav c direktivet artikkel 4 nr. 3 bokstav b og c. Bestemmelsen er utformet med utgangspunkt i de gjeldende bestemmelsene i markedsføringsloven § 28 og straffeloven § 207.

Direktivet artikkel 4 nr. 3 favner videre enn personkretsen i gjeldende rett, og omfatter alle som lovlig har kunnskap om eller rådighet over en forretningshemmelighet. Etter forslaget § 3 annet ledd bokstav c forbys personer som har fått tilgang til forretningshemmeligheten i medhold av annet regelverk, å bruke eller formidle hemmeligheten på urettmessig vis. Tillegget skal særlig fange opp de som får tilgang til forretningshemmeligheten som følge av informasjon innehaveren eller andre gir i medhold av lovpålagte opplysningsplikter. Et annet praktisk eksempel er personer som får tilgang til hemmeligheten under rettergang som følge av regler om bevisføring. I tråd med direktivet vil bruk eller formidling av forretningshemmeligheten i strid med regler om taushetsplikt, også utgjøre et inngrep etter loven.

Etter forslaget § 3 annet ledd er det ikke noe krav om at handlingene skjer i næringsvirksomhet, selv om det normalt vil være tilfellet. Til forskjell dekker begrepet «utnytte» i markedsføringsloven både egen bruk av opplysningene, men også at opplysningene benyttes som salgsobjekt. Uttrykket formidling vil dekke alle tilfeller der informasjon bringes videre og er dermed et noe videre begrep.

Forslaget § 3 tredje ledd rammer inngrep i forretningshemmeligheter fra personer som visste eller burde visst at forretningshemmeligheten er tilegnet direkte eller indirekte fra noen som ikke rettmessig kan gi hemmeligheten videre. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 4 nr. 4. Grunnvilkåret for alle alternativet som rammes av bestemmelsen er at forretningshemmeligheten er tilegnet fra noen som ikke lovlig kan gi denne videre. I likhet med de foregående leddene, må det i tillegg foretas en konkret vurdering av om handlingen er urettmessig.

Bestemmelsen rammer for det første en person som mottar forretningshemmeligheter fra noen som ikke rettmessig kan gi opplysningene videre, og mottakeren visste eller burde ha visst dette. Bestemmelsen viderefører forbudet i markedsføringsloven §§ 28 annet ledd og 29 annet ledd.

§ 3 tredje ledd rammer også mottakere som var i aktsom god tro om opphavet til forretningshemmeligheten på tidspunktet for tilegnelse, men som på et senere tidspunkt taper sin gode tro. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 4 nr. 4. Fra tidspunktet hvor den gode troen bortfaller, vil det utgjøre et inngrep å enten påbegynne eller fortsette bruk eller formidling av forretningshemmeligheten. I praksis vil en viktig årsak til bortfall av aktsom god tro, være ulike tiltak innehaveren iverksetter for å dokumentere opplysningenes opprinnelse.

Forslaget avviker på dette punkt fra gjeldende rett, jf. markedsføringsloven § 28 annet ledd. I spesialmerknadene til den tidligere bestemmelsen i markedsføringsloven 1972, Ot.prp. nr. 57 (1971–72) Lov om markedsmissbruk, viser departementet til at det er kunnskapen på tilegnelsestidspunktet som i utgangspunktet er avgjørende: «det [er] nemlig bare den rettsstridige utnyttelse av bedriftshemmeligheter som skal rammes, og det kan regelmessig ikke anses rettsstridig av noen å utnytte kunnskaper eller muligheter som er oppnådd i god tro, selv om den rette sammenheng senere kommer opp.» Departementet fremhever særlig innrettelseshensyn til støtte for løsningen. Samtidig vises det til at «[o]mstendighetene kan imidlertid gi et annet resultat og [...] ordet rettsstridig [vil] kunne gi grunnlag for den rette avveiningen i det enkelte tilfelle».

I samsvar med direktivet legger forslaget til grunn at ved bortfall av aktsom god tro vil fortsatt bruk eller formidling kunne utgjøre et inngrep. Den forutgående bruken eller formidlingen vil derimot ikke rammes.

Innrettelseshensyn anses tilstrekkelig ivaretatt ved at retten kan tillate fortsatt bruk mot vederlag, jf. forslaget § 8.

Til § 4 Varer som utgjør inngrep

Når kunnskap om en forretningshemmelighet benyttes til tilvirking, markedsføring og omsetning av varer, utgjør dette særskilt former for urettmessig bruk av forretningshemmeligheter. Forslaget § 4 klargjør at en rekke handlinger knyttet til varer, utgjør inngrep i en forretningshemmelighet i lovens forstand. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 4 nr. 5, jf. artikkel 2 nr. 4. En tilsvarende bestemmelse finnes ikke i gjeldende rett, og forslaget innebærer en utvidelse av vernet for forretningshemmeligheter ved at flere handlinger utgjør inngrep i forretningshemmeligheten. Se de generelle merknadene bestemmelsen i punkt 5.4.4.

Når en forretningshemmelighet er benyttet til tilvirking, markedsføring eller omsetningen av en vare, vil det kunne få konsekvenser for innehaverens kommersielle interesser ved at innehaveren mister muligheter til avkastning på egen innovasjon i markedet, eller på annen måte fratas et konkurransefortrinn. For innehaveren vil i tillegg omfattende spredning av varer som bygger på forretningshemmeligheten, utgjøre en risiko for at forretningshemmeligheten bortfaller som allment kjent eller lett tilgjengelig. Det er bakgrunnen for de særskilte håndhevingsmidlene som kan iverksettes overfor varer som utgjør inngrep, jf. forslaget § 7 annet ledd. En viktig begrensning i det utvidede vernet som følger av bestemmelsen, er at alle handlingsalternativene krever at inngriperen visste eller burde ha visst at varen utgjorde et inngrep i en forretningshemmelighet.

Forslaget § 4 forbyr handlinger knyttet til «varer som utgjør inngrep». Formuleringen er ment å beskrive den tilknytningen som må foreligge mellom varen og den urettmessige bruken av forretningshemmeligheter, for at bestemmelsen kommer til anvendelse.

Hva som nærmere ligger i uttrykket «varer som utgjør inngrep» følger av forslaget § 4 annet ledd. Bestemmelsen gjennomfører definisjonen av «krænkende varer» i direktivet artikkel 2 nr. 4. I forslaget er uttrykket endret til «varer som utgjør inngrep» i samsvar med begrepsbruken ellers i lovgivningen om industrielt rettsvern. Det avgjørende etter definisjonen er at det er forhold ved varen som i vesentlig grad har hatt fordel av en urettmessig bruk av en forretningshemmelighet. Vilkåret om at varen i vesentlig grad har hatt en fordel, er oppfylt når forretningshemmeligheten har hatt betydelige konsekvenser for varens kvalitet, verdi eller pris, eller senker kostnadene ved, tilrettelegger eller fremskynder produksjons- eller markedsføringsprosesser.

Det følger av forslaget § 4 første ledd at det er forbudt å tilvirke, markedsføre eller bringe i omsetning varer som utgjør inngrep. Lest i sammenheng med definisjonen i annet ledd, innebærer bestemmelsen at det er forbudt å tilvirke en vare som har en utforming, egenskap eller funksjon, eller som produseres på en måte som i vesentlig grad drar fordel av en forretningshemmelighet.

Bestemmelsen rammer også situasjoner hvor inngrepet først inntreffer ved markedsføring eller ved omsetning av varen, fordi det er på dette tidspunktet forretningshemmeligheten brukes i strid med annet ledd.

Handlingsalternativer i bestemmelsen som ikke selv utgjør selvstendige inngrep, rammes av forbudet hvis de knytter seg til varer som allerede anses å utgjøre inngrep. Hvis varen er tilvirket på en måte som strider med § 4, vil også etterfølgende markedsføring og omsetning av samme vare være forbudt. Bestemmelsen rammer vidt og forbyr også innførsel, utførsel eller lagring av varer som utgjør inngrep med sikte på omsetning.

Til § 5 Frister

Paragrafen gjennomfører forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 8 og gir regler om foreldelse av kravene som innehavere av forretningshemmeligheter kan gjøre gjeldende ved inngrep i forretningshemmeligheter. Paragrafen suppleres av alminnelige regler om foreldelse i foreldelsesloven som kommer til anvendelse så langt disse passer, jf. foreldelsesloven § 30. Det innebærer blant annet at foreldelsesfristen vil avbrytes ved erkjennelse, jf. foreldelsesloven § 14, eller når innehaver tar rettslig skritt, jf. foreldelsesloven § 15. Foreldelsesloven §§ 9 og 10 første ledd vil derimot ikke komme til anvendelse. Forslaget § 5 regulerer innehavers undersøkelsesplikt med uttømmende virkning. De alminnelige merknadene til bestemmelsen fremgår av punkt 8.4 og 8.5.

Første ledd etablerer en relativ foreldelsesfrist på tre år som begynner å løpe fra tidspunktet da innehaveren fikk, eller burde ha skaffet seg, nødvendig kunnskap om inngrepet og inngriperen. Fristen bygger på de relative fristene i foreldelsesloven §§ 9 og 10, samt dekningsloven § 5-15 første ledd tredje punktum, og oppstiller et kunnskapskrav som skal være det samme som kravet til søksmålsgrunnlag etter etablert praksis knyttet til foreldelsesloven § 9. Kravet innebærer at innehaveren faktisk hadde, eller burde ha hatt, opplysninger som objektivt sett ville gitt foranledning til å gå til søksmål, jf. eksempelvis Rt. 1994 s. 190.

Bestemmelsen oppstiller en relativt streng undersøkelsesplikt. Hvis innehaveren av forretningshemmeligheten mottar opplysninger som gir begrunnet mistanke om inngrep, forventes innehaveren å følge opp disse relativt raskt for ikke å komme i en situasjon hvor søksmålsfristen løper uten at faktisk kunnskap om inngrepet og inngriperen foreligger. Hvis en tidligere ansatt eller samarbeidspartner lanserer et konkurrerende produkt med

samme funksjonelle egenskaper som et produkt basert på innehaverens forretningshemmelighet, vil det kunne være grunnlag for begrunnet mistanke.

Innehaveren må foreta nærmere undersøkelser og iverksette de forholdsreglene som det er rimelig å forvente av en profesjonell aktør. Kravet må ses i sammenheng med at tiltak for å sikre hemmelighold er et av vilkårene for at opplysningene har vern som forretningshemmeligheter, jf. § 2 første ledd bokstav c. Innehaveren må kunne dokumentere kontinuerlige forsøk på å fremskaffe informasjon som kan avklare mistanken, enten fra den antatte inngriperen, om nødvendig med domstolens hjelp etter tvisteloven kapittel 28, eller fra andre kilder. Det er ikke tilstrekkelig at innehaveren gir uttrykk for at det foreligger inngrep i forretningshemmeligheten overfor den antatte inngriperen. Kravet til aktivitet må ses i sammenheng med at fristen i direktivet artikkel 8 skal bidra til forutberegnelighet og rettsikkerhet ved at rettslige posisjoner avklares innen rimelig tid.

Undersøkelsesplikten innehaveren har etter forslaget er relativt streng, og går noe lenger enn undersøkelsesplikten som følger av foreldelsesloven § 9.

Bestemmelsen inneholder ingen absolutt foreldelsesfrist, se nærmere begrunnelse i punkt 8.5

Annet ledd klargjør at fristen etter første ledd også gjelder for innehaveres rett til å begjære midlertidig forføyning etter tvisteloven kapittel 34. Foreldelse av krav etter første ledd vil trolig resultere i tap av hovedkravet etter tvisteloven § 34-2, og i tillegg vil sikringsgrunnen i de fleste tilfeller være bortfalt lenge før foreldelse inntreffer. Det anses likevel som klargjørende at det fremgår uttrykkelig av § 5 annet ledd.

Til § 6 Forbud mot å gjenta eller gjennomføre inngrep

Paragrafen regulerer domstolenes adgang til å avsi dom som forbyr noen å gjenta eller å gjennomføre en inngrepshandling, eller å gjenta en medvirkningshandling (forbudsdom). Bestemmelsen gjennomfører forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 12 nr. 1 bokstav a og b, men går noe lenger enn direktivet ved at det også gis adgang til å avsi dom for medvirkning til inngrep og for nært forestående inngrep. Bestemmelsen bygger på tilsvarende regler i lovgivningen om industrielt rettsvern, som patentloven § 56 a, varemerkeloven § 57 og designloven § 39 a. Se nærmere omtale i punkt 11.4.2.

Etter gjeldende rett kan det nedlegges forbud ved inngrep i forretningshemmeligheter og ved forestående inngrep etter reglene for midlertidig forføyning. Ved den foreslåtte bestemmelsen vil dette sentrale håndhevingsmiddelet komme klart til uttrykk i loven. Den klargjør videre når det kan nedlegges forbud overfor noen som har bidratt til en annens inngrep og mot forestående inngrep.

Paragrafen regulerer adgangen til å avsi fullbyrdelsesdom. Dommen vil kunne tvangsfullbyrdes ved at inngriperen pålegges å stille sikkerhet for skade som vil bli voldt hvis inngriper også i fremtiden handler mot sin plikt, jf. reglene i tvangsfullbyrdelsesloven § 13-16. Det følger imidlertid av forslaget §§ 3 og 4 sammenholdt med alminnelige prosessregler, at det også kan avsies fastsettelsesdom ved inngrep. En fastsettelsesdom kan ikke tvangsfullbyrdes. Å handle i strid med en fastsettelsesdom vil imidlertid være straffbart, jf. straffeloven § 170.

Grensene for adgangen til å oppnå fastsettelsesdom ved pågående og forestående inngrep i forretningshemmeligheter, vil på samme måte som i dag bero på en tolkning av tvisteloven § 1-3 sammenholdt med gjeldende regler om forretningshemmelighetsvernet.

Første ledd regulerer adgangen til å nedlegge forbud overfor noen som har gjort inngrep eller som har medvirket til inngrep etter forslaget §§ 3 eller 4. For at det skal kunne avsies forbudsdom overfor en medvirker er det ikke tilstrekkelig at vedkommende objektivt sett har bidratt til et inngrep. Vedkommende må ha bidratt på en måte som kvalifiserer til strafferettslig eller erstatningsrettslig medvirkningsansvar. Dette innebærer blant annet at medvirkeren må ha handlet forsettlig eller uaktsomt. Det vil dermed ikke være grunnlag for å nedlegge forbud mot en som har bidratt til en annens inngrep når vedkommende har handlet i aktsom god tro.

Forbud kan bare nedlegges etter første ledd når det foreligger en fullbyrdet inngrepshandling eller medvirkningshandling. Adgangen til å nedlegge forbud mot forestående inngrep reguleres av annet ledd. Et forbud mot den som har gjort et inngrep, må gå ut på at vedkommende forbys å gjenta tidligere begåtte inngrepshandlinger eller å fortsette med pågående inngrepshandlinger. Forbudet må altså rette seg mot bestemte inngrepshandlinger som vedkommende har utført. Forbudet kan ikke gjelde andre inngrepshandlinger, eller inngrep helt generelt. Tilsvarende må et forbud overfor den som har medvirket til et inngrep gå ut på at tidligere utførte medvirkningshandlinger ikke gjentas, eller at pågående medvirkningshandlinger skal opphøre. Forbudet kan ikke gjelde medvirkningshandlinger generelt. Ved medvirkning kan forbudet heller ikke rette seg mot selve inngrepet, men bare mot slike medvirkningshandlinger som vedkommende har utført.

Det følger av ordet «kan» i første ledd at innehaveren av en forretningshemmelighet ikke har noe ubetinget krav på at det skal nedlegges forbud i alle tilfeller hvor det foreligger et inngrep eller medvirkning til det. Dette må ses i sammenheng med forslaget § 8. Hvis det ikke er aktuelt å gi tillatelse til fortsatt bruk av forretningshemmeligheter mot vederlag etter § 8, vil innehaveren derimot ha krav på at det skal nedlegges forbud.

Annet ledd regulerer adgangen til å avsi forbudsdom rettet mot et forestående inngrep. I disse situasjonene har det ennå ikke funnet sted et fullbyrdet

inngrep. Direktivet artikkel 12 krever ikke en slik adgang, og bestemmelsen må sees i sammenheng med direktivet artikkel 10 og domstolenes adgang til å avsi kjennelse om forbud mot forestående inngrep etter reglene om midlertidige forføyninger.

Etter annet ledd kan det avsies forbudsdom ved forestående inngrep i to situasjoner. For det første kan slik dom avsies overfor den som har gjort vesentlige forberedelsestiltak med sikte på å utføre en handling som vil utgjøre inngrep. For det annet kan forbud nedlegges overfor den som på annen måte har opptrådt slik at det er særlig grunn til å frykte at vedkommende vil gjøre inngrep. Disse to alternativene vil i praksis gli noe over i hverandre. Felles for begge alternativer er at det må foreligge klare holdepunkter for at den som forbudet skal rette seg mot vil utføre en handling som vil utgjøre et inngrep. Den forbudet skal rette seg mot må ha opptrådt på en måte som gjør at det fremstår slik at det er en overhengende fare for at vedkommende vil komme til å begå bestemte inngrepshandlinger. Etter det første alternativet må den forbudet skal rette seg mot ha gjort vesentlige forberedelsestiltak med sikte på å utføre inngrep. At tiltakene må være «vesentlige» innebærer at forberedelsene har konkretisert seg slik at det er en nærliggende fare for at inngrepshandlinger vil bli gjennomført. Det vil være tilfellet når noen har anskaffet materialer og utstyr som trengs for å tilvirke en vare som drar vesentlig nytte av en forretningshemmelighet, eller inngått avtale om produksjon av slike varer.

Etter det andre alternativet i § 6 annet ledd kan det avsies forbudsdom overfor den som på annen måte har opptrådt slik at det er særlig grunn til å frykte at vedkommende vil gjøre inngrep. Vedkommende må ha opptrådt på en måte som tilsier at det er en overhengende fare for at vedkommende vil komme til å begå bestemte handlinger som vil utgjøre inngrep. På samme måte som etter første ledd må et forbud etter annet ledd rette seg mot bestemt angitte handlinger det er grunn til å frykte for at vil bli utført. Forbudet kan ikke rette seg mot andre handlinger eller mot inngrep helt generelt. Bestemmelsene i første og annet ledd kan kombineres. I enkelte tilfeller vil forbud kunne nedlegges både mot å fortsette med begåtte inngrepshandlinger og mot forestående inngrepshandlinger.

Tredje ledd klargjør domstolenes adgang til å avsi tidsbegrensede forbudsdommer. Paragrafen gjennomfører direktivet artikkel 13 nr. 1 siste ledd og innebærer en kodifisering av underrettspraksis. Bruk av tidsbegrensede forbudsdommer forutsetter at domstolen med stor grad av sikkerhet legger til grunn at en fremtidig utvikling vil gjøre opplysningene allment tilgjengelige og dermed miste vern som forretningshemmeligheter. Tidsbegrensede forbruksdommer må ses i sammenhengen med kravet om at håndhevingsmidler skal stå i et rimelig forhold til inngrepet, jf. direktivet artikkel 7.

Til § 7 Korrigerende og forebyggende tiltak

Paragrafen regulerer tiltak for å avbøte virkningene av foretatte inngrep, samt for å hindre fremtidige inngrep og gjennomfører forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 12 nr. 1 bokstav c og d, jf. artikkel 12 nr. 2. Se nærmere omtale i punkt 11.4.3.

Første ledd gjennomfører direktivet artikkel 12 nr. 1 bokstav d og gir retten adgang til å gi pålegg om korrigerende og forebyggende tiltak for dokumenter og gjenstander som inneholder en forretningshemmelighet. Bestemmelsen inneholder en ikke uttømmende opplisting av hva forebyggende tiltak kan gå ut på. Det vil også være adgang til å ilegge andre passende tiltak. Det følger av alminnelige prosessregler at tiltak bare kan pålegges når saksøker har nedlagt påstand om det.

Annet ledd gjennomfører direktivet artikkel 12 nr. 1 bokstav c og gjelder varer som ikke inneholder forretningshemmeligheter, men som utgjør inngrep ved at de har en utforming, egenskap eller funksjon, produseres eller markedsføres på en måte som i vesentlig grad drar fordel av en forretningshemmelighet, jf. forslaget § 4 annet ledd.

Etter *bokstav a* kan det gis pålegg om at varene tilbakekalles fra handelen. Det innebærer at den som har solgt varer som utgjør inngrep, pålegges å kalle disse tilbake. Vedkommende vil ikke kunne tvinge kjøperne til å levere varene tilbake. Det kan derfor bare gis pålegg om å gjennomføre rimelige tiltak for å få tilbakelevert varene, f.eks. å varsle kjøperne om at varene utgjør inngrep i forretningshemmeligheter, og at de tilbys tatt tilbake mot at kjøpesummen tilbakebetales og at øvrige omkostninger forbundet med tilbakelevering dekkes.

Etter *bokstav b* kan det gis pålegg om at varene endres slik at deres inngripende egenskaper fjernes. Dette alternativet vil gjøre det mulig for inngriperen å benytte de endrede varene uten å komme i strid med innehaverens legitime interesser. Alternativet vil derfor i mange tilfeller være mindre inngripende for inngriperen enn de øvrige alternativene i første ledd.

Etter *bokstav c* kan det gis pålegg om definitiv fjerning av varer fra handelen, f.eks. pålegg om å overlate varene til en veldedig organisasjon, et sykehus eller lignende. Pålegg om at varer eller materialer og hjelpemidler skal overlates til en tredjeperson kan kun gis i forståelse med mottakeren. Etter *bokstav d* kan det gis pålegg om at varer som utgjør inngrep skal ødelegges. Etter *bokstav e* kan det gis pålegg om at slike varer skal utleveres til innehaveren av forretningshemmeligheten.

Når det gis pålegg om tiltak må det ved utformingen av domsslutningen tas hensyn til at dommen skal kunne tvangsfullbyrdes. Slutningen må gå ut på noe som saksøker har begjært, og som saksøkte faktisk har mulighet til å gjennomføre. Tiltakene saksøkte pålegges må dessuten være tilstrekkelig presist beskrevet, jf. tvangsfullbyrdesloven § 4-2 første ledd bokstav b. Når

det f.eks. gjelder tilbakekallelse fra handelen, vil saksøkte ikke ha mulighet til å tvinge gjennom at en kjøper som ikke har vært part i saken, leverer varene tilbake. I slike tilfeller må domsslutningen derfor konkretisere hvilke handlinger saksøkte skal gjennomføre for å kalle varene tilbake.

Etter *tredje ledd* skal avgjørelsen av om tiltak skal pålegges og valget mellom mulige tiltak, skje ut fra en forholdsmessighetsvurdering. Ved forholdsmessighetsvurderingen skal det blant annet tas hensyn til inngrepets alvorlighet, virkningene av tiltakene og tredjeparts interesser. Inngrepets alvorlighet tar blant annet sikte på inngrepets omfang, skadevirkninger for innehaveren og graden av utvist skyld ved inngrepet. I tillegg vil forretningshemmelighetens verdi kunne være relevant, jf. direktivet artikkel 13 nr. 1 bokstav a. Tilsvarende vil det kunne være relevant å se hen til hvilke tiltak innehaveren har iverksatt for å beskytte hemmeligheten, jf. direktivet artikkel 13 nr. 1 bokstav b.

Vurderingen av virkningene av tiltakene tar særlig sikte på de ulemper inngriperen blir påført. Også andre momenter kan tas i betraktning, f.eks. sannsynligheten for at nye inngrep begås dersom det ikke gis pålegg. Når retten skal vurdere om tiltak bør pålegges, må den veie ulempene som inngriperen påføres, mot innehaverens behov for forebyggende tiltak. Tredjeparts interesser skal også inngå i forholdsmessighetsvurderingen. Tredjeparter omfatter andre enn den det er aktuelt å rette tiltak mot og innehaveren, f.eks. en som har ervervet varer som utgjør inngrep (uten selv å gjøre inngrep). Tredjeparts interesser vil også omfatte mer allmenne interesser. Det kan f.eks. være interessen i at verdifulle varer, som det krever mye ressurser å produsere, ikke ødelegges.

Etter *fjerde ledd første punktum* skal pålegg om tiltak etter første og annet ledd ikke være betinget av at innehaveren av forretningshemmeligheten yter kompensasjon. Tiltak påvirker ikke innehaverens rett til vederlag og erstatning etter § 9. Det skal ikke tas hensyn til pålegg om avbøtende og forebyggende tiltak ved avgjørelsen av om innehaveren har rett til vederlag og erstatning og ved utmålingen av vederlag og erstatning. Etter *fjerde ledd annet punktum* skal tiltak gjennomføres for inngriperens regning (den som pålegges tiltakene) hvis ikke særlige grunner taler mot det. Særlige grunner kan f.eks. være der inngrepet opprinnelig har skjedd i aktsom god tro og hvor inngrepet har fått et større omfang enn nødvendig på grunn av innehaverens manglende etterlevelse av undersøkelsesplikt etter § 6, men hvor kravet likevel ikke er foreldet.

Til § 8 Fortsatt bruk mot rimelig vederlag

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 13 nr. 3 og gir domstolene adgang til å gi tillatelse til fortsatt bruk av en forretningshemmelighet mot rimelig vederlag. Slik tillatelse trer i stedet for både forbud etter § 6 og korrigerende eller forebyggende tiltak etter § 7. Se omtale i punkt 11.4.5.

Etter *første ledd* kan retten, i stedet for å fastsette tiltak etter §§ 6 og 7, gi tillatelse til utnyttelse av forretningshemmeligheten mot rimelig vederlag til innehaveren og på passende vilkår for øvrig. Tillatelse kan bare gis når de kumulative vilkårene i første ledd annet punktum er oppfylt. Det følger av alminnelige prosessregler at slik tillatelse bare kan gis når det er nedlagt påstand om det. Det er derfor ikke grunn til å innta kravet i direktivet artikkel 13 nr. 3 om at det må foreligge begjæring fra saksøkte i lovteksten. Det følger ikke uttrykkelig av ordlyden i direktivet artikkel 13 nr. 3 at bestemmelsen er begrenset til brukstillatelser. En slik begrensning må likevel innfortolkes og synes forutsatt i direktivets fortale punkt 29. Formidling av forretningshemmeligheter svekker innehaverens kontroll over forretningshemmeligheten etter direktivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c. At det er en grunnleggende forskjell i risikoen for tap av vern ved henholdsvis bruk og formidling av forretningshemmeligheter, er også lagt til grunn i direktivet artikkel 10 nr. 2 som åpner for bruk, men ikke formidling, av forretningshemmeligheter, mot økonomisk sikkerhetsstillelse.

Det er et grunnleggende vilkår for bruk mot vederlag at den opprinnelige tilegnelsen av forretningshemmeligheten skjedde i aktsom god tro, jf. *bokstav a*. Vilkåret innebærer at personen på tidspunktet for tilegnelsen verken visste eller burde ha visst at forretningshemmeligheten ble urettmessig formidlet. Bestemmelsen forutsetter at mottakeren senere mister sin gode tro slik at etterfølgende bruk av forretningshemmeligheten utgjør et inngrep etter § 3 tredje ledd.

Etter *bokstav b* stilles det krav om at forbud etter § 6 eller gjennomføring av tiltak etter § 7, vil påføre inngriperen uforholdsmessig skade. Ved vurderingen vil det ha betydning i hvilken grad inngriperen har innrettet seg i aktsom god tro på å utnytte forretningshemmeligheten, f.eks. ved omfattende investeringer i maskiner eller utstyr som ikke kan benyttes uten tillatelse. Bestemmelsen skal sikre nyanserte håndhevingsregler. Det er allerede utført eller planlagt bruk som vil danne en yttergrense for hva slags, og hvor omfattende, utnyttelse tillatelsen kan gjelde. Det kan ikke gis tillatelse til andre former for, eller en mer omfattende utnyttelse av forretningshemmeligheten.

Etter *bokstav c* må økonomisk vederlag fremstå som en rimelig løsning for innehaveren. Det vil være relevant å ta i betraktning markedssituasjonen for de aktuelle varer og tjenester som inngriperen vil kunne tilby som følge av en brukstillatelse. Dersom inngriperen og innehaveren konkurrerer om de samme kundene, vil en brukstillatelse kunne få negative konsekvenser for innehaverens omsetning, eller prissetting av varer og tjenester som ikke uten videre lar seg kompensere gjennom et økonomisk vederlag. Første ledd åpner imidlertid for at det kan inntas vilkår i brukstillatelser som reduserer slike skadevirkninger, jf. ordlyden «på passende vilkår for øvrig». Tillatelsen må presist angi hva slags utnyttelse av forretningshemmeligheten den gjelder.

Annet ledd første punktum fastslår at vederlaget etter første ledd ikke skal overstige lisensavgiften som innehaveren med rimelighet kunne ha krevet i perioden hvor et forbud kunne blitt ilagt etter § 6. Bestemmelsen regulerer kun vederlagsutmålingen for tillatelse til fortsatt bruk. Innehaveren vil også ha krav på vederlag etter § 9 for inngrep i forretningshemmeligheten som skjer i tidsrommet etter at inngriperen fratas sin gode tro, og frem til det gis tillatelse etter § 8 første ledd. Det følger av *annet ledd annet punktum* at innehaverens krav på vederlag etter § 9 for dette tidsrommet skal fastsettes på samme måte.

Til § 9 Vederlag og erstatning

Paragrafen regulerer innehaverens rett til vederlag og erstatning ved inngrep i forretningshemmeligheter og gjennomfører direktivet artikkel 14. De alminnelige merknadene finnes i punkt 12.4. Gjeldende rett oppfyller direktivets krav og forslaget § 9 viderefører markedsføringsloven § 48.

Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av §§ 3 eller 4 skal inngriperen etter *første ledd* betale vederlag eller erstatning til innehaveren etter det av grunnlagene i bokstav a til c som er gunstigst for innehaveren. Det vil si det grunnlaget som gir det høyeste beløpet i den konkrete saken.

Til forskjell fra det som gjelder etter patentloven § 58 annet ledd, og de andre bestemmelsene om vederlag og erstatning i lovgivningen om industrielt rettsvern, gir ikke § 9 innehaveren rett til å kreve vederlag svarende til det dobbelte av en rimelig lisensavgift ved forsettlige og grovt uaktsomme overtredelser.

Etter *annet ledd* gjelder første ledd tilsvarende ved medvirkning. Tilsvarende bestemmelser finnes i den øvrige lovgivningen om industrielt rettsvern, blant annet i patentloven § 58 tredje ledd, varemerkeloven § 58 tredje ledd og designloven § 40 tredje ledd.

Det vises for øvrig til merknadene til markedsføringsloven § 48 i Prop. 81 L (2012–2013) punkt 14.10 og den generelle omtalen av bestemmelsen i punkt 8.4.

Til § 10 Straff

Bestemmelsen tar sikte på å videreføre straffeloven §§ 207 og 208, med visse tilføyelser. De alminnelige merknadene til bestemmelsen finnes i punkt 14.2. I likhet med de gjeldende straffebestemmelsene, inntas det ikke noe uttrykkelig skyldkrav i den nye straffebestemmelsen. Det vil være det alminnelige kravet til forsett i straffeloven § 21 som gjelder.

Bestemmelsens *annet ledd* begrenser straffeansvaret der forretningshemmeligheten opprinnelig er tilegnet i aktsom god tro. Ved tap av den gode troen vil etterfølgende inngrep bare kunne straffesanksjoneres

hvis inngrepet er grovt. Bestemmelsen må sees i sammenheng med at § 8, jf. direktivet artikkel 13 nr. 3, gir adgang til å tillate fortsatt bruk mot vederlag der tilegnelsen opprinnelig skjedde i god tro. Straff er en sanksjon som innebærer et større inngrep enn håndhevingsmidlene som kan idømmes etter direktivet artikkel 12. Det vil derfor gi liten mening å straffesanksjonere inngrep i tilfeller hvor selv håndhevingsmidler etter artikkel 12 vil kunne fremstå som uforholdsmessige, jf. artikkel 13 nr. 3 første ledd bokstav b.

Etter *tredje ledd* kommer straff heller ikke til anvendelse ved inngrep i forretningshemmeligheter når kunnskap om eller rådighet over hemmeligheten er oppnådd i et tjeneste- eller tillitsvervsforhold eller gjennom pliktstridig handling i et slikt forhold, og mer enn 2 år er gått siden forholdet opphørte. Bestemmelser begrenser kun det personlige straffansvar og er ikke til hinder for at foretaksstraff etter straffeloven kapittel 4 idømmes. Bestemmelsen viderefører markedsføringsloven § 48 sjette ledd.

Til § 11 Straff for grovt inngrep

Første ledd fastslår at den som begår grovt inngrep i forretningshemmeligheter etter § 3 og 4 straffes med bøter eller fengsel inntil tre år.

Ved vurderingen av om grovt inngrep foreligger, skal det etter *annet ledd* særlig legges vekt på den skade som er påført innehaveren av forretningshemmeligheten og andre, herunder skade på innehaverens kommersielle omdømme, den vinning som inngriperen har oppnådd, og arten og omfanget av inngrepet for øvrig.

Til § 12 Publisering av avgjørelser

Paragrafen gjennomfører forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 15 og delvis 7 nr. 2. De alminnelige merknadene finnes i punkt 13.4.

Bestemmelsen fastslår at retten i en fellende dom i sak om inngrep kan bestemme at informasjon om dommen skal formidles på passende måte for inngriperens regning. Gjeldende rett inneholder ikke noen slik regel for saker om forretningshemmeligheter, men liknende regler finnes i patentloven § 59 b, varemerkeloven § 59 a, designloven § 41 b, planteforedlerloven § 24 b og kretsmønsterloven § 8 a.

Det er bare i en dom som avgjør realiteten i en inngrepssak at retten kan bestemme at dommen skal formidles for inngriperens regning. Bestemmelsen kan ikke brukes i en sak om midlertidig forføyning eller bevissikring. Det spiller derimot ingen rolle om det dreier seg om dom i en sivil sak eller en straffesak. Etter alminnelige prosessregler kan retten bare bestemme formidling av dommen på inngriperens regning når det er nedlagt påstand om det. Det vil bare være aktuelt å pålegge inngriperen et

økonomisk ansvar etter første ledd. Tiltakene inngriperen pålegges å bekoste må være tilstrekkelig presist beskrevet i domsslutningen. Selve informasjonsformidlingen vil det være opp til innehaveren å iverksette.

Rettens avgjørelse av om et slikt pålegg skal gis, samt hvilke formidlingsmåter som vil være «passende», må bygge på en konkret avveining mellom innehaverens og inngriperens interesser. I tilfeller der inngriperen har skadet innehaverens omdømme ved å omsette produkter av dårligere kvalitet som feilaktig har blitt assosiert med innehaverens produkter, vil innehaveren ha en interesse i at omsetningskretsen gjøres oppmerksom på dommen. I et slikt tilfelle kan det være grunn til å bestemme at dommen skal formidles for inngriperens regning. Innehaveren har ikke noe generelt krav på at retten skal bestemme at dommen skal formidles på inngriperens regning, men må begjære konkrete tiltak som må anses som formålstjenlige og rimelige for å ivareta sin interesse i å avbøte følgene av inngrepet og å forebygge nye inngrep. Relevante momenter vil være forretningshemmelighetens verdi, arten og klanderverdigheten av inngriperens inngrepshandlinger, skadevirkningene av inngrepet og sannsynligheten for fortsatte inngrep i den aktuelle forretningshemmeligheten. I forholdsmessighetsvurderingen skal retten også ta i betraktning konsekvensene en formidling av dommen vil ha for inngriperens omdømme og interesser. Dersom innehaveren allerede har pådratt seg rimelige kostnader til informasjonstiltak for å avhjelpe følgene av inngrepet, vil disse kunne kreves erstattet etter § 9 første ledd bokstav b. Det at innehaveren allerede har gjennomført informasjonstiltak, utelukker ikke at dommen kan formidles for inngriperens regning.

Til endringer i andre lover

Til straffeprosessloven § 124

Endringer som foreslås i straffeprosessloven § 124 speiler de foreslåtte endringene i tvisteloven § 22-12.

Første ledd endres ved at «forretnings- og driftshemmelighet» erstattes med «forretningshemmeligheter». Begrepene «forretnings- og driftshemmelighet» i prosesslovgivningen, «forretningshemmelighet» i straffeloven og «bedriftshemmelighet» i markedsføringsloven dekker i hovedsak samme kategorier av opplysninger, se punkt 4.1.1.

Annet ledd klargjør at retten i saker der vitnebevis om forretningshemmeligheter tillates ført, skal pålegge de tilstedeværende taushetsplikt og forbud mot bruk av forretningshemmeligheten som kan utledes av beviset. Forhandling om beviset skjer for lukkede dører. Bestemmelsen speiler endringene i tvisteloven § 22-12 tredje ledd og sikrer at vernet for forretningshemmeligheter i straffesaker er på samme nivå som

sivile saker. Se merknader til endringene i tvisteloven § 22-12 tredje ledd under, samt punkt 9.4.1 og 9.4.2 i de generelle merknadene.

Det er viktig at retten i sin kjennelse identifiserer opplysningene som skal være omfattet av rettens pålegg slik at det ikke i ettertid oppstår tvil om hvilke opplysninger kjennelsen gjelder for. En kjennelse om taushetsplikt og forbud mot bruk er ikke til hinder for at en aktør bruker og formidler en forretningshemmelighet som vedkommende har eller får kjennskap til gjennom andre kilder.

Tredje ledd regulerer varigheten av forbud og påbud ilagt etter annet ledd. Bestemmelsen tilsvarende endringene i tvisteloven § 22-12 fjerde ledd. Se merknader til endringene i tvisteloven § 22-12-fjerde ledd under og punkt 9.4.3 i de generelle merknadene.

Til tvisteloven § 22-10

Bestemmelsen endres ved at begrepene «drifts- eller forretningshemmeligheter» og «forretnings- eller driftshemmelighet» erstattes med begrepet forretningshemmelighet.

Det vises til gjennomgangen under punkt 4.1.1 som viser at begrepene «forretnings- og driftshemmelighet» i prosesslovgivningen, «forretningshemmelighet» i straffeloven og «bedriftshemmelighet» i markedsføringsloven i hovedsak skal dekke samme kategorier av opplysninger.

Til tvisteloven § 22-12

Bevis omfattet av tvisteloven § 22-10 reguleres særskilt i nytt tredje og fjerde ledd. Henvisningen til bestemmelsen tas ut av *første og annet ledd*.

Nytt *tredje og fjerde ledd* gjennomfører direktivet artikkel 9. De generelle merknadene finnes i punkt 9.4. Tvisteloven § 22-10 tredje ledd første punktum klargjør at i saker der bevis som omhandles i tvisteloven § 22-10 føres, skal retten pålegge de tilstedeværende taushetsplikt og forbud mot bruk av forretningshemmeligheten som kan utledes av beviset. Forhandling om beviset skjer for lukkede dører. Det er viktig at retten i sin kjennelse identifiserer opplysningene som skal være omfattet av pålegget slik at det ikke i ettertid oppstår tvil om hvilke opplysninger som kjennelsen gjelder for. En kjennelse om taushetsplikt og forbud mot bruk er ikke til hinder for at en aktør bruker og formidler en forretningshemmelighet som vedkommende har eller får kjennskap til gjennom andre kilder.

Etter *tredje ledd tredje punktum* kan retten også begrense partenes adgang til å benytte rettslige medhjelpere etter § 3-7 og sakkyndige vitner etter § 25-6, til det retten anser som nødvendig. Terskelen for å ilegge slike begrensninger skal ligge høyt.

Fjerde ledd regulerer varigheten av forbud og påbud ilagt etter tredje ledd. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 9 nr. 1 annet ledd.

Til tvisteloven § 34-8

Paragrafen klargjør domstolenes plikt til å fastsette en søksmålsfrist når midlertidig forføyning besluttet til sikring av forretningshemmeligheter. De generelle merknadene finnes i punkt 10.4. Bestemmelsen gjennomføre forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 11 nr. 3 bokstav a. Saksøker skal gis en rimelig frist til å anlegge søksmål. Fristen skal likevel ikke overstige det lengste alternativet av enten 20 virkedager eller 31 kalenderdager.

Artikkel 11 nr. 3 bokstav a krever at forføyningen opphører å ha virkning hvis saksøkeren ikke har anlagt sak innen fristen. Det følger av de alminnelige reglene i tvisteloven § 34-6 første ledd bokstav b at den midlertidig forføyning faller bort uten opphevelse når saksøkeren er gitt en frist for å reise søksmål om kravet, og fristen oversittes.

Forslag til lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven)

§ 1 Formål og virkeområde

Lovens formål er å sikre innehavere av forretningshemmeligheter vern mot urettmessig tilegnelse, bruk og formidling av hemmeligheten.

Loven gjelder også for Svalbard og Jan Mayen.

§ 2 Definisjoner

Med forretningshemmeligheter menes i denne loven opplysninger som:

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

Alminnelige erfaringer og ferdigheter som en arbeidstaker har tilegnet seg under et ansettelsesforhold, utgjør ikke en forretningshemmelighet.

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

§ 3 Inngrep i en forretningshemmelighet

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

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

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

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

§ 4 Varer som utgjør inngrep

Ingen må tilvirke, markedsføre, eller bringe i omsetning varer som vedkommende visste eller burde ha visst utgjør et inngrep i en forretningshemmelighet. Det samme gjelder innførsel, utførsel eller lagring av varer som utgjør inngrep i en forretningshemmelighet, med sikte på å bringe varene i omsetning.

Varer utgjør et inngrep i en forretningshemmelighet når de har en utforming, egenskap eller funksjon, produseres eller markedsføres på en måte som i vesentlig grad drar fordel av en forretningshemmelighet som er urettmessig tilegnet, brukt eller formidlet.

§ 5 Foreldelse av krav

Krav som følge av et inngrep i en forretningshemmelighet etter §§ 3 eller 4, foreldes tre år etter at innehaveren av forretningshemmeligheten fikk eller burde ha skaffet seg nødvendig kunnskap om inngrepet og inngriperen.

Fristen i første ledd gjelder tilsvarende for krav etter tvisteloven kapittel 34 som følge av et inngrep i en forretningshemmelighet.

§ 6 Forbud mot å gjenta eller gjennomføre inngrep

Den som har gjort inngrep i en forretningshemmelighet etter §§ 3 eller 4 eller medvirket til det, kan ved dom forbys å gjenta handlingen.

Den som har gjort vesentlige forberedelsestiltak med sikte på å utføre en handling som vil utgjøre inngrep, eller som på annen måte har opptrådt slik at det er særlig grunn til å frykte at vedkommende vil gjøre inngrep, kan ved dom forbys å gjennomføre handlingen.

Forbud etter første og annet ledd kan gjøres tidsbegrenset.

§ 7 Korrigerende og forebyggende tiltak

For å avbøte virkningene av et inngrep eller for å hindre nye inngrep i en forretningshemmelighet kan retten i den utstrekning det finnes rimelig gi pålegg om korrigerende og forebyggende tiltak. Pålegg kan gå ut på å ødelegge dokumenter eller andre gjenstander som inneholder forretningshemmeligheten, eller utlevering av disse til innehaveren av forretningshemmeligheten.

For varer som utgjør inngrep i en forretningshemmelighet, kan slikt pålegg gå ut på at varene skal:

- a) tilbakekalles fra handelen
- b) endres slik at deres inngripende egenskaper fjernes

- c) definitivt fjernes fra handelen
- d) ødelegges
- e) utleveres til innehaveren av forretningshemmeligheten

Avgjørelsen av om tiltak skal pålegges og valget mellom mulige tiltak skal skje ut fra en forholdsmessighetsvurdering. Det skal blant annet tas hensyn til inngrepets alvorlighet, virkningene av tiltakene og tredjeparters interesser.

Pålegg om tiltak etter paragrafen her skal ikke være betinget av at innehaveren yter kompensasjon til den tiltaket retter seg mot, og påvirker ikke innehaverens rett til vederlag eller erstatning etter § 9. Tiltak skal gjennomføres for inngriperens regning hvis ikke særlige grunner taler mot det.

§ 8 Fortsatt bruk mot rimelig vederlag

I stedet for forbud etter § 6 og tiltak etter § 7 kan retten gi inngriperen tillatelse til fortsatt bruk av forretningshemmeligheten mot at innehaveren tilkjennes et rimelig vederlag og på passende vilkår for øvrig. Tillatelse kan bare gis hvis:

- a) inngriperen har vært i aktsom god tro ved tilegnelsen av forretningshemmeligheten
- b) forbud etter § 6 og tiltak etter § 7 vil påføre inngriperen uforholdsmessig skade
- c) økonomisk vederlag til innehaveren fremstår som en rimelig løsning

Vederlaget etter første ledd skal ikke overstige den lisensavgiften innehaveren med rimelighet kunne krevd i perioden hvor bruken kan forbys. Vederlag etter § 9 fastsettes på samme måte for perioden frem til domsavsigelsen.

§ 9 Vederlag og erstatning

For forsettlig eller uaktsom overtredelse av §§ 3 eller 4 skal inngriperen betale innehaveren av forretningshemmeligheten vederlag eller erstatning som fastsettes etter det av følgende grunnlag som er mest gunstig for innehaveren:

- a) vederlag svarende til en rimelig lisensavgift for bruken, samt erstatning for skade som følge av overtredelsen som ikke ville oppstått ved lisensiering
- b) erstatning for skade som følge av overtredelsen
- c) vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved overtredelsen

Første ledd gjelder tilsvarende ved medvirkning.

§ 10 *Straff*

Den som gjør inngrep i en forretningshemmelighet etter §§ 3 og 4, straffes med bøter eller fengsel inntil ett år.

I situasjoner som nevnt i § 8 første ledd bokstav a, kommer straff bare til anvendelse for grove inngrep, jf. § 11.

Straff kommer ikke til anvendelse ved overtredelse av § 3 annet ledd når kunnskap om eller rådighet over forretningshemmeligheten er oppnådd i et tjeneste- eller tillitsvervforhold eller gjennom urettmessig handling i et slikt forhold, og mer enn to år er gått siden forholdet opphørte.

§ 11 *Straff for grovt inngrep*

Den som gjør grovt inngrep i en forretningshemmelighet etter §§ 3 eller 4, straffes med bøter eller fengsel inntil tre år.

Ved vurderingen av om grovt inngrep foreligger, skal det særlig legges vekt på den skade som er påført innehaveren av forretningshemmeligheten og andre, den vinning som inngriperen har oppnådd, og arten og omfanget av inngrepet for øvrig.

§ 12 *Publisering av informasjon om rettsavgjørelser*

I fellende dom i sak om inngrep kan retten bestemme at informasjon om dommen skal formidles på passende måte for inngriperens regning. Dette gjelder tilsvarende ved medvirkning til inngrep og i tilfeller som nevnt i § 6 annet ledd.

§ 13 *Endringer i andre lover*

Fra den tid loven trer i kraft, gjøres følgende endringer i andre lover:

1. I lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåter i straffesaker skal § 124 lyde:

Et vitne kan nekte å svare på spørsmål når det ikke kan svare uten å åpenbare en *forretningshemmelighet*.

Retten kan likevel pålegge vitnet å forklare seg når den etter en avveining av de stridende interesser finner det påkrevd. I så fall skal retten bestemme at forklaringen bare skal meddeles den selv og partene i møte for stengte dører og under pålegg om taushetsplikt og *forbud mot bruk av forretningshemmeligheten som kan utledes av beviset*.

Forbud og påbud etter annet ledd skal gjelde inntil det i rettskraftig dom eller kjennelse fastslås at opplysningene ikke utgjør forretningshemmeligheter, eller vernet bortfaller som følge av at opplysningene blir allment kjent eller lett tilgjengelig.

2. I lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff skal §§ 207 og 208 oppheves.

3. I lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister gjøres følgende endringer:

§ 22-10 skal lyde:

§ 22-10 Bevisfritak for forretningshemmeligheter

En part eller et vitne kan nekte å gi tilgang til bevis som ikke kan gjøres tilgjengelig uten å røpe en *forretningshemmelighet*. Retten kan likevel gi pålegg om at beviset skal gjøres tilgjengelig når den etter en avveining finner det påkrevd.

§ 22-12 skal lyde:

§ 22-12 Taushetsplikt og lukkede dører

Når et bevis omhandlet i §§ 22-1 til 22-9 og § 22-11 føres med vedkommendes samtykke, skal retten pålegge de tilstedeværende taushetsplikt, hvis ikke samtykket bestemmer noe annet. Har retten pålagt taushetsplikt, skjer muntlig forhandling om beviset for lukkede dører.

Blir bevis omhandlet i §§ 22-1 til 22-9 og § 22-11 ført i henhold til pålegg fra retten, kan retten pålegge taushetsplikt og bestemme at muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører. Det samme gjelder hvor retten ikke har fritatt for bevisplikt etter § 22-5 annet ledd, § 22-8 annet ledd eller § 22-9 tredje og fjerde ledd.

Når bevis omhandlet i §§ 22-10 føres, skal retten pålegge de tilstedeværende taushetsplikt og forbud mot bruk av forretningshemmeligheten som kan utledes av beviset. Muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører. Retten kan begrense partenes adgang til å benytte rettslige medhjelpere etter § 3-7 og sakkyndige vitner etter § 25-6, til det retten anser nødvendig.

Forbud og påbud etter tredje ledd skal gjelde inntil det i rettskraftig dom eller kjennelse fastslås at opplysningene ikke utgjør forretningshemmeligheter, eller vernet bortfaller som følge av at opplysningene blir allment kjent eller lett tilgjengelig.

Ny § 34-8 skal lyde:

§ 34-8 Særregler om midlertidige forføyninger til sikring av forretningshemmeligheter

Når retten beslutter midlertidig forføyning til sikring av forretningshemmeligheter, skal det settes en frist for saksøkeren for å reise søksmål om kravet, jf. § 34-3 tredje ledd. Fristen skal ikke overstige det lengste alternativet av enten 20 virkedager eller 31 kalenderdager.

3. I lov 1. september 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. gjøres følgende endringer:

§§ 28 og 29 oppheves.

§ 48 første ledd skal lyde:

Den som vesentlig overtrer § 6 fjerde ledd, jf. første ledd, forskrift gitt i medhold av § 6 femte ledd, § 11, § 12, § 13, § 15, § 16 a første ledd bokstav a, jf. § 12 og § 13, § 20 annet ledd, § 26, § 27 eller § 30, straffes med bøter, fengsel inntil 6 måneder eller begge deler dersom ikke strengere straffebestemmelse kommer til anvendelse.

§ 48 sjette ledd oppheves.

§ 48 b første ledd skal lyde:

For forsettlig eller uaktsom overtredelse av § 30 skal overtrederen betale til innehaveren av forretningshemmeligheten:

a) vederlag svarende til en rimelig lisensavgift for utnyttelsen, samt erstatning for skade som følge av overtredelsen som ikke ville oppstått ved lisensiering,

b) erstatning for skade som følge av overtredelsen, eller

c) vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved overtredelsen.

Vederlag og erstatning fastsettes etter det av grunnlagene i bokstav a til c som er gunstigst for den forurettede.

§ 14 Ikrafttredelse og overgangsbestemmelser

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer.

Loven §§ 6 til 11 gjelder for handlinger som finner sted etter at loven har trådt i kraft.

Kongen kan gi nærmere overgangsregler.

