



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Prop. 5 LS

(2019–2020)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak og stortingsvedtak)

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Prop. 5 LS

(2019–2020)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak og stortingsvedtak)

Lov om vern av forretningshemmeligheter
(forretningshemmelighetsloven) og samtykke
til godkjenning av EØS-komiteens beslutning
nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse
i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943
(forretningshemmelighetsdirektivet)

Innhold

1	Proposisjonens hovedinnhold..	5	6.2.3	Ulovlige handlinger – inngreps- handlinger	36
2	Bakgrunnen for forslaget	7	6.2.4	Unntaksbestemmelse – handlinger som ikke kan hånd- heves	38
2.1	Direktivet	7			
2.2	Regelverket i Sverige og Danmark	8			
2.3	Høringen	8	6.3	Regelverket i Sverige og Danmark	40
			6.4	Forslaget i høringsnotatet	41
3	Lovens formål og saklige virkeområde	11	6.4.1	Innledning	41
3.1	Direktivets formål og saklige virkeområde	11	6.4.2	Lovlige handlinger	43
			6.4.3	Inngrep i forretnings- hemmeligheter	44
3.2	Forslaget i høringsnotatet	12	6.4.4	Særlig om inngrepshandlinger knyttet til varer	49
3.3	Høringen	13			
3.4	Departementets vurderinger	14	6.5	Høringen	51
			6.6	Departementets vurderinger	53
4	Lovens geografiske virke- område	15	7	Generelle krav til hånd- hevingsregler	56
4.1	Gjeldende rett	15	7.1	Gjeldende rett	56
4.2	Forslaget i høringsnotatet	15	7.2	Direktivet artikkel 6 og 7 nr. 1	56
4.3	Høringen	16	7.3	Regelverket i Sverige og Danmark	56
4.4	Departementets vurderinger	16	7.4	Forslaget i høringsnotatet	57
			7.5	Høringen	57
5	Sentrale begreper i loven	17	7.6	Departementets vurderinger	57
5.1	Begrepet forretningshemmelighet	17	8	Grunnløse søksmål	58
5.1.1	Gjeldende rett	17	8.1	Gjeldende rett	58
5.1.2	TRIPS-avtalen	19	8.2	Direktivet artikkel 7 nr. 2	58
5.1.3	Direktivets definisjon av forretningshemmeligheter	20	8.3	Regelverket i Sverige og Danmark	59
5.1.4	Regelverket i Sverige og Danmark	21	8.4	Forslaget i høringsnotatet	59
5.1.5	Forslaget i høringsnotatet	22	8.5	Høringen	60
5.1.6	Høringen	23	8.6	Departementets vurderinger	60
5.1.7	Departementets vurderinger	24			
5.2	Inngrepshandlinger	26	9	Frister	61
5.2.1	Gjeldende rett	26	9.1	Gjeldende rett	61
5.2.2	Direktivets begrepsbruk	27	9.2	Direktivet artikkel 8	61
5.2.3	Regelverket i Sverige og Danmark	27	9.3	Regelverket i Sverige og Danmark	62
5.2.4	Forslaget i høringsnotatet	27	9.4	Forslaget i høringsnotatet	63
5.2.5	Høringen	27	9.4.1	Nødvendigheten av en egen fristregulering	63
5.2.6	Departementets vurderinger	28	9.4.2	Fristens utgangspunkt	63
5.3	Øvrige definisjoner	28	9.4.3	Fristens lengde	64
5.3.1	Direktivets øvrige definisjoner	28	9.4.4	Spørsmål om absolutt foreldelses- frist	64
5.3.2	Regelverket i Sverige og Danmark	28			
5.3.3	Forslaget i høringsnotatet	28	9.5	Høringen	65
5.3.4	Høringen	29	9.6	Departementets vurderinger	66
5.3.5	Departementets vurderinger	29			
6	Vern av forretnings- hemmeligheter	30	10	Bevaring av konfidensialitet under rettslige prosesser	68
6.1	Gjeldende rett	30	10.1	Gjeldende rett	68
6.2	Direktivet artikkel 3 til 5	34	10.2	Direktivet artikkel 9	69
6.2.1	Innledning	34	10.3	Regelverket i Sverige og Danmark	70
6.2.2	Lovlige handlinger	34			



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Prop. 5 LS

(2019–2020)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak og stortingsvedtak)

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

*Tilråding fra Justis- og beredskapsdepartementet 18. oktober 2019,
godkjent i statsråd samme dag.
(Regjeringen Solberg)*

1 Proposisjonens hovedinnhold

Justis- og beredskapsdepartementet legger i denne proposisjonen frem et forslag til ny lov om vern av forretningshemmeligheter. Forslaget innebærer en styrking av vernet for forretningshemmeligheter, og skal gjøre det enklere for innehaveren av hemmeligheten å håndheve sine rettigheter. Vern av forretningshemmeligheter er av stor betydning for næringsdrivendes konkurranseevne enten som et supplement, eller et alternativ til 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 innovasjon.

Forslaget til ny lov skal gjennomføre direktiv (EU) 2016/943 om beskyttelse av fortrolig know-how og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling (forretningshemmelighetsdirektivet) i norsk rett. Direktivet ble vedtatt 8. juni 2016 og gjennomføringsfristen i EU var 9. juni 2018. EØS-komiteen fattet vedtak om innlemmelse av direktivet i EØS-avtalen 29. mars 2019 ved beslutning nr. 91/2019 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII. Ettersom det er nødvendig med lovendringer for å gjennomføre direktivet i norsk rett, deltok Norge i beslutningen med forbehold om Stortinget samtykke, jf. Grunnloven § 26 annet ledd. Det bes i proposisjonen om Stortin-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

gets samtykke til å godkjenne vedtaket i EØS-komiteen. Vedtaket i EØS-komiteen og direktiv (EU) 2016/943 i uoffisiell norsk oversettelse følger som trykte vedlegg til proposisjonen. Det er også inntatt en tabell som viser hvordan de ulike direktivbestemmelsene er foreslått gjennomført i norsk rett.

Håndhevingsreglene i direktivet samsvarer på en rekke områder med reglene i direktiv 2004/48/EF om håndheving av immaterialrettigheter (håndhevingsdirektivet). Håndhevingsdirektivet er ikke tatt inn i EØS-avtalen, og Norge var derfor ikke forpliktet til å gjennomføre det. Det ble vist til at direktivet i hovedsak inneholder prosessuelle regler og at slike regler faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, se Prop. 81 L (2012–2013) side 8. Minimumskravene i direktivet ble likevel i stor grad fulgt opp i lov 31. mai 2013 nr. 25 om endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene). Ved vurderingen av hvorvidt forretningshemmelighetsdirektivet skal innlemmes i EØS-avtalen har det vært naturlig å se hen til behandlingen av håndhevingsdirektivet. I forretningshemmelighetsdirektivet er de prosessuelle reglene direkte knyttet til det materielle vernet som oppstilles, og departementet har derfor kommet til et annet resultat i spørsmålet om innlemmelse i EØS-avtalen.

Bestemmelser til vern av 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. Dagens parallelle regulering av tekniske hjelpemidler i markedsføringsloven § 29 og i straffeloven § 207 annet ledd videreføres derfor ikke.

Forslaget benytter uttrykket inngrep som en fellesbetegnelse for urettmessige handlinger i strid med vernet for forretningshemmeligheter. I tråd med direktivets systematikk skiller forslaget mellom tre ulike inngrepshandlinger – 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 en forretningshemmelighet kan påberope seg ved et inngrep. Sentrale håndhevingsmidler vil fortsatt være dom på 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 å dekke utgifter ved formidling av en fellende inngrepsdom.

Forslaget inneholder også særskilte frister for håndheving av inngrep i forretningshemmeligheter i tillegg til de alminnelige foreldelsesfristene som gjelder for krav om vederlag og erstatning.

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

2 Bakgrunnen for forslaget

2.1 Direktivet

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 endelig. I to rapporter (Hogan Lovells rapport fra januar 2012 og Baker & McKenzies rapport fra april 2013), samt en omfattende spørreundersøkelse initiert av Kommisjonen, ble det i 2012 og 2013 identifisert betydelige forskjeller mellom medlemsstatenes regulering av vernet av forretningshemmeligheter. I EU var det kun Sverige som hadde en egen særlov om forretningshemmeligheter. I de øvrige medlemsstatene var vernet for forretningshemmeligheter i hovedsak regulert gjennom bestemmelser i konkurranseretten, arbeidsretten og strafferetten. Flere av medlemsstatene hadde ikke lovfestede definisjoner av hva som utgjorde en forretningshemmelighet, og det ble også avdekket store innbyrdes forskjeller 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 forretningshemmeligheter minst like så stor verdi som alle andre former for IP.

Forretningshemmeligheter er særlig viktige for små og mellomstore virksomheder (SMV) og opstartsvirksomheder, idet disse ofte mangler spesialiserte menneskelige ressurser og finansiell styrke til at forfølge, styre, håndhæve og forsvare IPR.

Selv om forretningshemmeligheter ikke er beskyttet som en klassisk IPR, er de dog et afgørende supplerende led i de nødvendige skritt til beskyttelse af intellektuelle aktiver,

som er drivkraften i det 21. århundredes videnøkonomi. Forretningshemmelighetshaveren har ikke eneret på de opplysninger, som forretningshemmeligheten omfatter. For at fremme en økonomisk effektiv og konkurrencedyktig proces er det dog berettiget at begrense bruken af en forretningshemmelighet i tilfælde, hvor en tredjepart med uhæderlige midler har erhvervet relevant knowhow eller relevante opplysninger fra forretningshemmelighetshaveren 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 konkurrere om innovation, men at det ikke er tilladt at snyde, stjele eller bedrage for at erverve forretningshemmeligheter, som andre har skabt.

Samtidig med at utvikling og styring af viden og information har fået endnu større betydning for resultatene 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 vanskelig 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 for-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

bindelse vedtok Kommissionen i maj 2011 en samlet IP-strategi og forpliktet seg til at undersøke beskyttelse af forretningshemmeligheter. Dette forslag er endnu et resultat af forpligtelsen til at skabe et indre marked for intellektuel ejendomsret.»

2.2 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 det ikke vært tilfelle for reguleringen av forretningshemmeligheter.

Sverige har siden 1990 hatt en egen lov om forretningshemmeligheter (lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter). De første reglene om vern av «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 Otilbörlig konkurrens (SOU 1966:71) ble det foreslått en vesentlig utvidelse av vernet for «yrkeshemligheter». Forslagene ble ikke fulgt opp. Utredningen Företagshemligheter (SOU 1983:52) foreslo en ny lov om forretningshemmeligheter. 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 tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter i forbindelse med varsling om kriminelle forhold og spørsmål om forretningshemmeligheter tilegnet i god tro. Loven ble opphevet 1. juli 2018 ved ikrafttredelsen av lag (2018:558) om företagshemligheter som gjennomfører forretningshemmelighetsdirektivet.

I *Danmark* har regler til vern av «erhvervshemmeligheter og tekniske tegninger m.v.» vært regulert i markedsføringsloven § 23. En ny lov om markedsføring ble vedtatt i 2017 til avløsning for den tidligere loven om markedsføring fra 2005. I forbindelse med lovrevisjonen ble vernet for «erhvervshemmeligheter» i all hovedsak videreført. Markedsføringsloven fra 2017 avgrenset forretningshemmelighetsvernet mot kunnskap eller informasjon som utgjør alminnelig bransjeinnsikt eller generell yrkeserfaring som kan forventes av en fagmann på området. Vernet for forretnings-

hemmeligheter etter loven samsvarte på en rekke punkter med vernet etter den norske 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 tilegnet i strid med andre deler av bestemmelsen.

Loven inneholdt ikke sanksjoner eller håndhevingsmidler som var utformet særskilt med sikte på vern av forretningshemmeligheter. I stedet inneholdt loven en opplisting over 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 uaktomme, kunne fastsettes et rimelig vederlag for bruken av forretningshemmeligheten. Industrispionasje var i tillegg dekket av straffelovens § 263 stk. 3 med en strafferamme på inntil 6 års fengsel.

Ved gjennomføringen av forretningshemmelighetsdirektivet ble det vedtatt en ny lov om forretningshemmeligheter (lov nr. 309 av 25. april 2018). Innholdet i den svenske og danske gjennomføringslovgivningen vil bli nærmere omtalt i det følgende.

2.3 Høringen

Justis- og beredskapsdepartementet sendte 26. november 2018 på høring et høringsnotat om lov om vern av forretningshemmeligheter med høringsfrist 15. februar 2019. Høringsnotatet ble sendt til følgende instanser:

Departementene

Høyesterett

Borgarting lagmannsrett

Oslo tingrett

Brønnøysundregistrene

DIFI (Direktoratet for forvaltning og IKT)

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Domstoladministrasjonen	Innovasjon Norge
Forbrukerrådet	Landorganisasjonen i Norge
Forbrukertilsynet	Legemiddelindustrien
Forsvarets forskningsinstitutt	NACG – Norwegian Anti-Counterfeit Group
Helsedirektoratet	Nofima – Matforskningsinstituttet
Havforskningsinstituttet	Norges Bondelag
Klagenemnda for industrielle rettigheter	Norges farmaceutiske forening
Konkurransetilsynet	Norges Ingeniør- og Teknologorganisasjon (NITO)
Kulturrådet	Norsk bonde- og småbrukarlag
Landbruksdirektoratet	Norsk forening for industriell rettsbeskyttelse (NIR)
Mattilsynet	Norsk forening for industriens patentingeniører (NIP)
Norges forskningsråd	Norsk Hydro ASA
Norsk design- og arkitektursenter	Norsk Industri
Patentstyret	Norsk institutt for markedsforskning
Plantesortsnemnda	Norsk olje og gass
Nasjonal kommunikasjonsmyndighet	Norsk regnesentral
Regelrådet	Norske industridesignere
Regjeringsadvokaten	Norske patentingeniørers forening (NPF)
Språkrådet	Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)
Statens legemiddelverk	Onsagers AS
Sysselembannen på Svalbard	Patentkontoret Curo
Tolldirektoratet	SINTEF Ocean
ØKOKRIM	Stiftelsen SINTEF
Arkitektur- og designhøgskolen i Oslo	Tandbergs Patentkontor AS
Fridtjof Nansens Institutt (FNI)	Tekna
Handelshøyskolen BI	Telenor AS
Kunsthøgskolen i Oslo	Uni Research AS
Nord Universitet	Virke
Norges Handelshøyskole (NHH)	Yara International ASA
Norges miljø- og biovitenskapelige universitet (NMBU)	Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund
Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet (NTNU)	Zacco Norge
Universitetet i Agder	
Universitetet i Bergen	Følgende instanser har uttalt seg om realiteten i forslaget:
Universitetet i Oslo	
Universitetet i Stavanger	Sysselembannen på Svalbard
Universitetet i Tromsø	
Abelia	Advokatforeningen
Advokatforeningen	Brønnøysundregistrene
ACAPO A	Finans Norge
Bedriftsforbundet	Forsvarets forskningsinstitutt
Bryn Aarflot	Forsvarsmateriell
Business Software Alliance (BSA)	Professor Harald Irgens-Jensen
Den Norske Dommerforening	Hovedorganisasjonen Virke
Equinor ASA	Klagenemnda for industrielle rettigheter
Farmasiforbundet	Legemiddelindustrien (LMI)
Finans Norge	NHO
Foreningen for innovasjonsselskaper i Norge (FIN)	NIP – Norsk forening for industriens patentingeniører
Forskerforbundet	NRK
Håmsø Patentbyrå	Norges vassdrags- og energidirektorat
IKT-Norge	

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Norsk Presseforbund, Norsk Redaktørforening og

Norsk Journalistlag

Oljedirektoratet

Regelrådet

Tax Justice Network – Norge

KS

Det blir redegjort nærmere for høringsinstansenes syn under behandlingen av de respektive spørsmålene i proposisjonen.

3 Lovens formål og saklige virkeområde

3.1 Direktivets formål og saklige virkeområde

Forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 1 angir direktivets formål og viktige 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 arbeidstakeres mobilitet. Avgrensningene beskrives i nærmere detalj under.

Artikkel 1 nr. 2 bokstav a viser til at direktivet ikke berører utøvelse av yrings- og informasjonsfrihet som nedfelt i EUs charter om grunnleggende rettigheter. Hensynet til pressefrihet og mediemangfold fremheves særskilt. De nevnte rettighetene er nedfelt i charteret artikkel 11. Direktivets fortale punkt 19 nevner i denne sammenhengen 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 inntatt en tilpasning i EØS-komiteebeslutnin-

gen slik at henvisningen til charteret tas ut. Bestemmelsen viser i stedet til utøvelse av «den grunnleggende retten til yrings- og informasjonsfrihet».

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 yrings- 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 yrings- 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 etterkomme en lovpålagt opplysningsplikt.

Direktivet berører heller ikke anvendelsen 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 (EU) nr. 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 miljøin-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

formasjon. Det er inntatt en tilpasningstekst i EØS-komiteens beslutning 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 at bruken skal begrenses, samt bestemmelser om konsekvenser for personer som ikke overholder en slik forpliktelse. 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 en forretningshemmelighet.

Det følger av direktivet artikkel 1 nr. 3 at ingen deler av direktivet skal forstås 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), til å begrense arbeidstakeres bruk av erfaringer og kompetanse som er opparbeidet på normalt og ærlig vis i løpet av ansettelsesforholdet (bokstav b), eller til å pålegge arbeidstagere flere begrensninger i ansettelseskontrakter enn begrensninger pålagt i overensstemmelse 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 bevegelse 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 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet ble det ikke foreslått særskilte bestemmelser til gjennomføring av avgrensningene i direktivet artikkel 1 nr. 2 og nr. 3. Forslaget til § 2 annet ledd avgrenser imidlertid vernet av forretningshemmeligheter mot alminnelige erfaringer og ferdigheter som en arbeidstaker har tilegnet seg under et ansettelsesforhold, og er innholdsmessig sammenfallende med artikkel 1 nr. 3

bokstav b. Bestemmelsen kodifiserer en begrensning i vernet av forretningshemmeligheter som alt følger av gjeldende rett.

I høringsnotatet ble det redegjort slik for forslaget:

«Det følger av direktivet artikkel 1 nr. 2 bokstav a at direktivet ikke berører utøvelse av retten til yrings- 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 yringsfrihet.

Yringsfriheten er i norsk rett nedfelt i Grunnloven § 100 og menneskerettsloven § 2 nr. 1 og nr. 3, jf. EMK artikkel 10 og SP artikkel 19. Yringsfriheten 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 yring som kan dekkes av yringsfriheten, både når formidlingen skjer muntlig og ved overlevering av dokumenter eller andre gjenstander. Direktivets forbud mot formidling og håndhevelsestiltak innebærer derfor formelt sett en innskrenkning i retten til å ytre seg. Tilsvarende gjelder forbudet mot å motta slike opplysninger fra andre.

Begrensninger i yringsfriheten 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 yringsvernet. Tradisjonelt har derfor forholdet til yringsfriheten 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 yringsfriheten. Et praktisk tilfelle, som for øvrig reguleres særskilt i artikkel 5 bokstav b, er formidling av forretnings-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

hemmeligheter som ledd i en varslings sak 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 Høringen

Forslaget har fått støtte fra *Advokatforeningen* som har vist til at hensynet til ytringsfrihet er ivaretatt gjennom blant annet vernet i Grunnloven.

NRK har derimot etterlyst en uttrykkelig bestemmelse i loven som klargjør at den ikke griper inn i retten til utøvelse av ytrings- og informasjonsvirksomhet, herunder bruk av opplysninger til journalistiske formål. *NRK* uttaler:

«Dersom lovforslaget i høringsnotatet opprettholdes, må det gjøres eksplisitt unntak for personer som har befatning med opplysninger som inneholder forretningshemmeligheter for redaktørstyrte journalistiske medier. Dette må

gjelde personer som gjør dette i sin tjeneste for redaktørstyrte medier, og for kilder og andre som tilegner seg forretningshemmeligheter for å dele dette med mediene i saker som kan ha allmenn interesse.»

NRK har videre fremhevet at ytringsfrihet ikke er begrenset til vern for varslere, som er brukt som eksempel i høringsnotatet, men også omfatter mediernes tilgang til informasjon av allmenn interesse i medhold av EMK artikkel 10 og Grunnloven § 100, og fremholder at:

«Det er ingen tvil om at mediernes konvensjonsbeskyttede rett til å innhente informasjon i saker av offentlig interesse er en viktig bærebjelke i et demokratisk samfunn. Denne retten vil også kunne omfatte muligheten til å motta informasjon om forretningshemmeligheter fra kilder, og at mediene får delta i rettsmøter der slik informasjon behandles.»

Norsk presseforbund, Norsk journalistlag og Norsk redaktørforening har vist til høringsuttalelsen fra *NRK*, og fremmet synspunkter som i stor grad er sammenfallende med uttalelsen fra *NRK*. *Norsk presseforbund, Norsk journalistlag og Norsk redaktørforening* ønsker blant annet at lovteksten uttrykkelig skal vise til at loven ikke griper inn i ytrings- og informasjonsfriheten, herunder journalistisk virksomhet. Det pekes særlig på sammenhengen mellom ytringsfriheten og adgangen til saksinnsyn etter offentleglova:

«Det kan ikke være noen tvil om at bestemmelsene i offentlighetsloven er snevrere enn hva som ligger i forslaget § 2. Mange opplysninger kan sies å ha kommersiell verdi uten at det har konkurransemessig betydning. Det vil derfor få alvorlige konsekvenser for samfunnet hvis virksomheter som er omfattet av offentlighetsloven begynner å legge denne lovs § 2 sin definisjon til grunn, enten i tolkningen eller som direkte avslag, framfor forvaltningslovens § 13 (2).»

Videre vises det til at det «allerede i dag er et stort problem at taushetspliktbestemmelsene i § 13 (2) tolkes mer omfattende enn det det skal, for eksempel ved at tilbydere etter anbudsrunder selv får definere hva som er forretningshemmeligheter». Det antas derfor at:

«[h]vis forslaget vedtas i sin nåværende form, uten forbehold om journalistisk virksomhet, er

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

det stor sannsynlighet for at dette vil føre til at enda mer unntas som forretningshemmeligheter og at samfunnet dermed får mindre innsyn og kontroll i innkjøp i det offentlige. Det er en uheldig konsekvens, som både svekker yrings- og informasjonsfriheten, og at det kan bidra til at det blir lettere å slippe unnta med økonomisk kriminalitet.»

Det bes også om en klargjøring av at forslaget ikke kan brukes som grunnlag for å unnta opplysninger etter offentleglova og at det tydeliggjøres at forslagets definisjon av forretningshemmeligheter ikke er sammenfallende med definisjonen i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

Justice Tax Network uttaler:

«Forslag til lov om vern av forretningshemmeligheter innebærer en innstramning av vern av forretningshemmeligheter. Dette må ikke gå på bekostning av yringsfriheten og det rettslige vernet som varslere og journalister skal ha når de jobber for å avdekke kritikkverdige forhold av samfunnsmessig betydning.»

Det vises til at varslervernet alltid må veie tyngre enn vernet av forretningshemmeligheter, og at aggressiv skatteplanlegging og lignende forhold ikke skal være tjenester som kan klassifiseres som forretningshemmeligheter, med krav på rettslig vern.

3.4 Departementets vurderinger

Departementet har blitt stående ved at det verken er nødvendig eller ønskelig å innta egne bestemmelser om forholdet til yrings- og informasjonsfriheten i forslaget til lov om vern av forretningshemmeligheter. Bestemmelsene om vern av forretningshemmeligheter i markedsføringsloven og straffeloven har ingen særregulering av forholdet til yringsfriheten, og lovforslaget innebærer på dette punkt ingen endring av gjeldende rett. Yrings- og informasjonsfriheten er grunnlovsfestet og i tillegg vil vernet etter EMK artikkel 10 og SP artikkel 19 ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2 nr. 1 og nr. 3. Journalistisk virksomhet, herunder medienes innsamling og bruk av opplysninger, ligger i kjerneområdet for yringsfrihetsvernet. Tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter som dekkes av vernet i Grunnloven § 100, EMK artikkel 10 eller SP artikkel 19, vil som under gjeldende rett følgelig ikke anses som rettsstridige handlinger, og dermed ikke utgjøre inngrep i forretningshemmeligheter etter forslaget. Videre vil regulering av forholdet til yringsfriheten i sektorlovgivningen vanskelig kunne omfatte alle sidene ved yringsfrihetsvernet. Etter departementets syn er en videreføring av dagens rettsstridsreservasjon den beste regeltekniske løsningen for å avgrense vernet av forretningshemmeligheter mot det grunnlovsfestede vernet for yringsfrihet.

4 Lovens geografiske virkeområde

4.1 Gjeldende rett

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 for 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 for 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 anvendelse av norsk lovgivning 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 må fastsettes særskilt.

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 for 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. Bestemmelser om vern av forretningshemmeligheter i markedsføringsloven §§ 28 og 29, jf. §§ 48 og 48 b, gjelder dermed ikke for Svalbard eller Jan Mayen.

4.2 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet ble det foreslått at ny lov om forretningshemmeligheter også skal gjelde for Svalbard og 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.

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 stortings-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

meldingen 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.»

gjelde for Svalbard og Jan Mayen, og er enig i begrunnelse som er gitt i høringsnotatet. Også *Advokatforeningen* støtter forslaget.

4.4 Departementets vurderinger

Departementet foreslår at ny lov om forretningshemmeligheter også skal gjelde for Svalbard og Jan Mayen og viser til forslaget § 1 annet ledd.

4.3 Høringen

Sysselmannen på Svalbard støtter forslaget om at ny lov om forretningshemmeligheter også skal

5 Sentrale begreper i loven

5.1 Begrepet forretningshemmelighet

5.1.1 Gjeldende rett

I høringsnotatet ble gjeldende rett beskrevet slik:

«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 forretningskikk. 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 Driftshemmelighet» 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 rettsstillingen 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.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 råstoffsamsetninger. 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 oppfinneshøyde. 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 «vitens 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 spesialmerkningene 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 uhenksmessige 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».

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Begrepet forretningshemmeligheter har en side til såkalt knowhow. Avgrensningen mellom de to begrepene er uklare. 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 antydning 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 «konkurransmessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår». Den sentrale avgrensningen av taushetsplikten etter bestemmelsen ligger i vilkåret om at det må være av «konkurransmessig 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 de.»

5.1.2 TRIPS-avtalen

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 immaterialrettigheter. 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 opplys-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

- ninger 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 fremstille, 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.

5.1.3 Direktivets definisjon av forretningshemmeligheter

Begrepet forretningshemmeligheter er definert i direktivet *artikkel 2 nr. 1*. Definisjonen består av tre elementer og er nærmest identisk med defini-

sjonen 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 ordet «opplysninger» (den svenske og engelske språkversjonen bruker «information»). 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 forretningsstrategier. 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 ordet «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 ordet 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

«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.

Kravet om at opplysningene ikke må være alminnelig kjent eller umiddelbart tilgjengelige har også en side til kunnskap tilegnet ved omvendt utvikling. 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 personens 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 legger til rette for innovasjon og investeringer i nyskaping ved å beskytte forretningshemmeligheter virksomheten selv har utviklet. 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 gitte omstendigheter». 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.

5.1.4 Regelverket i Sverige og Danmark

Den svenske lagen om företagshemligheter inneholder en legaldefinisjon av företagshemlighet i 2 § første ledd. Mens bestemmelsens første ledd nr. 1 avgrenser potensielle forretningshemmeligheter til informasjon om «affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse eller i en forskningsinstitutions verksamhet», bygger første ledd nr. 2 til nr. 4 på vilkårene i direktivet artikkel 2 nr. 1 bokstav a til c. Kravet i direktivet artikkel 2 nr. 1 bokstav b om at opplysningene skal ha kommersiell verdi fordi de er hemmelige, har imidlertid blitt formulert som et krav om at avsløring av opplysningene er «ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende för innehavaren». I forarbeidene til bestemmelsen i Prop. 2017/18:200 punkt 6 ble forslaget begrunnet slik:

«Kravet i den hittillsvarande lagen om skydd för företagshemligheter på att informationen ska vara av sådant slag att ett röjande är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende får i stället anses överensstamma med det krav som uppställs i TRIPS-avtalet och direktivet på att informationen ska ha kommersiellt värde på grund av att den är hemlig. Vidare är kravet på skada i konkurrenshänseende väletablerat i

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

förarbeten, praxis och doktrin och bör inte utan starka skäl bytas ut.»

Det følger videre av 2 § annet ledd at erfaringer og ferdigheter som en arbeidstaker har fått gjennom normal yrkesutøvelse, ikke anses som forretningshemmeligheter. Det samme gjelder for informasjon om «något som utgör ett brott eller annat allvarligt missförhållande».

I *Danmark* er en legaldefinisjon av forretningshemmeligheter, som er tilnærmet identisk med direktivet artikkel 2 nr. 1 bokstav a til c, inntatt i § 2 første ledd nr. 1 i lov om forretningshemmeligheter.

5.1.5 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet ble det foreslått en legaldefinisjon av forretningshemmeligheter som bygger på direktivets ordlyd. Det ble redegjort slik for forslaget:

«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 (1995–96) 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 tilfredsstillende 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 gjen-

stander 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,

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 tillegnelsen, 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 [...] entsprechender 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.»

5.1.6 Høringen

Advokatforeningen støtter høringsforslaget og legger til grunn at den foreslåtte definisjonen av forretningshemmeligheter i hovedsak vil gi samme avgrensning av begrepet som etter gjeldende rett. Foreningen foreslår imidlertid at det bør fremgå klarere av lovteksten at de tre vilkårene i § 2 første ledd bokstav a til c er kumulative. Det samme påpekes av *Hovedorganisasjonen Virke* som i tillegg ønsker en klargjøring av hvilken betydning bransjepraksis, nærmere bestemt praksis knyttet til sladding av opplysninger i tilbud i offentlige anbudsprosesser, kan ha for å avgjøre om noe er en forretningshemmelighet ved behandlingen av innsynsbegjæring. *Hovedorganisasjonen Virke* har videre foreslått at lovforslaget bør inneholde en ikke-uttømmende liste over de vanligste forretningshemmelighetene. *NHO* ønsker en nærmere omtale av betydningen av taushetspliktsbestemmelser i kontraktsforhold. *Professor Irgens-Jensen* legger til grunn at den foreslåtte definisjonen av forretningshemmeligheter «kan synes temmelig sammenfallende med vilkårene for at noe skal regnes for «bedriftshemmelighet» etter dagens regelverk». Han reiser imidlertid spørsmål om § 2 første ledd bokstav c i høringsforslaget medfører en forsiktig skjerping av kravet til beskyttelsestiltak i forhold til det som Høyesterett har lagt til grunn i f.eks. Rt. 2007 side 1841. Etter hans syn bør dette klargjøres «av hensyn til forutsigbarhet for næringsliv og borgere».

Norsk forening for Industriens Patentingeniører har foreslått å erstatte «opplysninger» i høringsforslaget med «informasjon» fordi begrepet «opplysning» forutsetter mer bearbeidet data. Det vises til at en vanlig definisjon av informasjon er «velformet data som gir mening». Bruk av ordet «opplysning» kan gi inntrykk av en høyere terskel for vern. Det pekes også på at forretningshemmeligheter ofte vil være lagret og overført med bruk av informasjonsteknologi og at det derfor er bedre å bruke ordet «informasjon» fremfor «opplysning». *NHO* slutter seg derimot til høringsforslaget om at definisjonen av forretningshemmeligheter skal gjelde for «opplysninger». Det foreslås imidlertid at kravet til rimelige tiltak for å «sikre hemmelighold» i § 2 første ledd bokstav c erstattes med et krav til rimelige tiltak for å «holde hemmelig» fordi ordet «sikre» kan forstås som en mer

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

omfattende og absolutt forpliktelse enn det som følger av direktivet.

NRK legger til grunn at høringsforslagets definisjon av forretningshemmeligheter i større grad enn tidligere vil verne opplysninger som forretningshemmeligheter:

«NRK merker seg at departementet uttaler at lovforslaget legger opp til en annen vurderingsnorm enn gjeldende rett, men at dette i praksis vil ha liten betydning, jf. s. 23 i høringsnotatet. NRK er uenig i dette, da det vil være enklere for en part å påstå at opplysninger kan ha kommersiell verdi, enn at det kan oppstå reell fare for økonomisk tap eller redusert gevinst hvis opplysningen blir kjent.»

NRK ønsker også at det klargjøres at forslagets definisjon av forretningshemmeligheter ikke vil påvirke forståelsen av begrepet i annen lovgivning, slik som i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, og ikke vil begrense allmenhetens innsyn i dokumenter i henhold til offentleglova etter offentleglova § 13.

Norsk presseforbund, Norsk journalistlag og Norsk redaktørforening har gitt uttrykk for et liknende synspunkt og legger til grunn at høringsforslagets definisjon av forretningshemmeligheter innebærer en utvidelse av forretningshemmelighetsbegrepet i forhold til det som følger av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2:

«Det kan ikke være noen tvil om at gjeldende bestemmelse i offentlighetsloven er snevrere enn hva som ligger i dette forslagets § 2. Mange opplysninger kan sies å ha kommersiell verdi uten at det har konkurransemessig betydning. Det vil derfor få alvorlige konsekvenser for samfunnet hvis virksomheter som er omfattet av offentlighetsloven begynner å legge denne lovs § 2 sin definisjon til grunn, enten i tolkningen eller som direkte avslag, framfor forvaltningslovens § 13 (2).»

KS og LMI har lagt til grunn at taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 vil ha et videre anvendelsesområde enn opplysninger som faller inn under forretningshemmelighetsdefinisjonen i høringsforslaget. Begge disse høringsinstansene ønsker likevel en ytterligere klargjøring av forholdet mellom høringsforslagets forretningshemmelighetsdefinisjon og forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Også *Brønnøysundregistrene* etterlyser en slik klargjøring.

5.1.7 Departementets vurderinger

Begrepet «forretningshemmelighet» er helt sentralt for lovens anvendelse. For å sikre en korrekt direktivgjennomføring mener departementet at lovforslaget bør inneholde en legaldefinisjon som bygger på direktivets ordlyd. Etter departementets syn vil forslaget til definisjonen av forretningshemmeligheter i all hovedsak gi samme avgrensning av begrepet som etter gjeldende rett, men de ulike elementene gis et noe annet språklig uttrykk. Dagens lovgivning har ingen tilsvarende bestemmelse og avgrensningen av begrepet i forarbeider og rettspraksis knyttes ikke på samme måte til klart angitte kriterier. Departementet viser til at direktivets definisjon samsvarer med definisjonen av fortrolige opplysninger i TRIPS-avtalen artikkel 39. Det ble lagt til grunn at det ikke var behov for lovendringer til gjennomføring av sistnevnte bestemmelse, jf. omtale i punkt 5.1.2.

Enkelte høringsinstanser har uttalt seg om utformingen av definisjonen. Det gjelder særlig kravet til opplysningens «kommersielle verdi» i høringsforslaget § 2 første ledd bokstav b. NRK uttaler at den foreslåtte definisjonen ser ut til å omfatte mer enn det som følger av gjeldende rett hvor det kreves «at opplysningene må være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde for å unngå reell fare for økonomisk tap dersom opplysningene blir kjent». *Norsk presseforbund, Norsk journalistlag og Norsk redaktørforening* viser i sin uttalelse til at forslaget går lenger enn det som dekkes av unntaket etter offentleglova.

Departementet viser til omtalen av gjeldende rett i punkt 5.1.1. Kravet om «kommersiell verdi» forutsetter at hemmelighold av opplysningene kan begrunnes objektivt og ikke utelukkende i virksomhetens egen vurdering av opplysningens betydning. Direktivets fortale punkt 14 viser til at det vil foreligge en «kommersiell verdi» hvis tilegning, bruk eller formidling av opplysningene vil kunne skade interessene til innehaveren ved å undergrave vitenskapelig eller teknisk potensiale, forretningsmessige eller finansielle interesser, strategiske plasseringer eller konkurranseevne. I tråd med dette vil opplysninger kunne ha en kommersiell verdi dersom markedet er villig til å gi innehaveren vederlag eller andre økonomisk målbare fordeler for tilgang til de aktuelle opplysningene, eller opplysningene gir innehaveren konkurransefortrinn ved bruk i egen virksomhet. Departementet viser også til drøftelsen i forarbeidene til den svenske gjennomføringsloven hvor det legges til grunn at kravet til kommersiell verdi

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

etter direktivet samsvarer med det som omfattes av uttrykket «skade i konkurrenshänseende», se Prop. 2017/18:200. Ordlyden i den svenske loven synes å være noe strengere enn uttrykket «konkurrensemessig betydning å hemmeligholde» i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Som *NRK* viser til er det i forvaltningspraksis og teori knyttet til bestemmelsen i forvaltningsloven lagt til grunn et krav om fare for økonomisk tap eller redusert gevinst for virksomheten dersom opplysningene blir kjent. Det er en objektiv vurdering av om opplysningene etter sin art kan ha slike skadevirkninger, se Justisdepartementets rettleiar til offentleglova s. 84. Det vises her til at kjerneområdet for bestemmelsen er næringsopplysninger som andre kan bruke på tilsvarende måte i egen virksomhet. I lys av dette legger departementet til grunn at kravet til «kommersiell verdi» i hovedtrekk vil gi samme avgrensning av begrepet som under dagens regulering i markedsføringsloven og straffeloven. Forslaget til ny lov om vern av forretningshemmeligheter har ikke hatt til hensikt å utvide taushetsplikten i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, og departementet kan heller ikke se at forslaget har en slik virkning.

Departementet viser imidlertid til at praksis knyttet til bevisfritaksreglen for «drifts- og forretningshemmeligheter» i tvisteloven § 22-10, jf. tidligere tvistemålsloven § 209, synes å omfatte også andre typer opplysninger. I rettspraksis er det lagt til grunn at kjerneområdet til bestemmelsen er vern av «drifts- og forretningshemmeligheter av konkurransemessig betydning», jf. Rt. 2006 s. 916. Tilsvarende legges til grunn i Rt. 2003 s. 1215. I Rt. 1997 s. 964 er Høyesteretts kjæremålsutvalg enig med lagmannsretten i at «opplysningene må gjelde tekniske metoder og kunnskaper eller opplysninger av betydning for omsetningen. Opplysningene må gjelde forhold som det er av konkurransemessige betydning å hemmeligholde». Derimot viser kjennelsen i Rt. 1998 s. 1624 (Norsk Folkemuseum) at opplysninger om museets vaktrutiner, alarmsystemer og sikkerhetsopplegg var dekket av bevisfritaket. Det ble vist til at

«samlingene omfatter ca 250 000 gjenstander av stor nasjonal, kulturhistorisk og økonomisk verdi. – Det kan få omfattende økonomiske og andre konsekvenser hvis et museums sikkerhetsrutiner blir kjent, og kjæremålsutvalget er enig med lagmannsretten i at opplysninger om slike rutiner kan omfattes av uttrykket «driftshemmelighet» i tvistemålsloven § 209».

Vern for slike opplysningene synes ikke begrunnet i den konkurransemessige betydning av hemmelighold, men i stedet at det ville utsette museet for en betydelig sikkerhetsrisiko hvis opplysningene ble kjent.

Opplysninger om en virksomhet som letter gjennomføringen av straffbare handlinger, vil kunne påføre virksomheten tap og således undergrave forretningsmessige interesser. Departementet mener likevel at det ikke vil være tilstrekkelig til at opplysningene kan sies å ha «kommersiell verdi», jf. direktivet artikkel 2.

Departementet legger til grunn at hensynene bak bevisfritaksreglene i prosesslovgivningen ikke nødvendigvis sammenfaller fullt ut med hensynene som skal ivaretas ved forbudene mot inngrep i forretningshemmeligheter. Dette kan være bakgrunnen for at det synes å være en viss forskjell i hvilke opplysningstyper som dekkes av bestemmelsene. Etter departementets syn kan forskjellen derimot ikke begrunnes i at bestemmelsene bruker ulike betegnelser på opplysningene som dekkes. Uttrykket «forretnings- eller driftshemmelighet» i tvisteloven, og tidligere i tvistemålsloven, har sin historiske begrunnelse i at samme begrep ble benyttet til straffeloven 1902 § 294, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459, jf. Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 182. I ny straffelov ble «forretningshemmeligheter» benyttet som en fellesbetegnelse på begge tilfellene uten at det var meningen at å endre innholdet, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) punkt 2.20.5. Departementets forslag om å endre ordlyden i bevisfritaksreglene i straffeprosessloven § 124 og tvisteloven § 22-10 slik at også disse bestemmelsene bruker betegnelsen «forretningshemmeligheter» innebærer i tråd med dette ingen endring av gjeldende rett.

Både *NHO* og *professor Irgens-Jensen* har kommentert aktivitetsplikten etter høringsforslagets § 2 første ledd bokstav c i sine høringsuttalelser. Mens *professor Irgens-Jensen* har stilt spørsmål om formuleringen tar sikte på en forsiktig innskjerping av aktivitetsplikten i forhold til gjeldende rett, har *NHO* stilt spørsmål om formuleringen «sikre hemmelighold» er heldig da den kan indikere en forpliktelse som går lenger enn det som følger av direktivet.

I lovforslaget som ble sendt på høring var kravet i direktivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c formulert som at «innehaveren har truffet rimelige tiltak for å sikre hemmelighold av» opplysningene. Hva som er «rimelige tiltak» beror på en konkret vurdering av den aktuelle virksomheten. Gjennomgangen i punkt 5.1.1 viser at også under gjeldende rett er det et krav om at bedriften har behandlet

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

opplysningene som hemmelige og har søkt å beskytte hemmeligheten. Professor Irgens-Jensen uttaler at terskelen etter gjeldende rett må sies å være «temmelig lav» og viser til at Høyesterett i Rt. 2007 s. 1841 legger til grunn at det vil kunne være tilstrekkelig at krav på hemmelighold «ligger i selve situasjonen». Departementet er enig i at den nevnte avgjørelsen oppstiller et lavt krav til beskyttelsestiltak. Departementet er videre enig i at direktivet må forstås slik at det generelt vil kreves mer enn i den nevnte avgjørelsen og at direktivet på dette punktet kan sies å innebære en forsiktig skjerpning av kravene til innehaverens aktivitet sammenlignet med gjeldende rett. Som utgangspunkt må direktivet forstås slik at det kreves at innehaveren har iverksatt tiltak som underbygger innehaverens forventning om hemmelighold. Det gjelder både internt i virksomheten, men også overfor forretningsforbindelser mv. som har fått tilgang til opplysningene. Både arten og omfanget av tiltakene må vurderes konkret. I vurderingen av hvilke tiltak som kan forventes, må det også ses hen til om mottakeren alt er underlagt lovfestet taushetsplikt.

Departementet er ikke enig med *NHO* i at ordet «sikre» gir en mer omfattende forpliktelse enn det som følger av direktivet. Aktivitetsplikten etter lovforslaget kan ikke forstås slik at det stilles krav til at tiltakene som treffes i alle tilfeller faktisk sikrer hemmelighold, men at det i rimelig utstrekning må treffes beskyttelsestiltak. Departementet har av språklige grunner likevel valgt å endre ordlyden i lovteksten i samsvar med forslaget.

Departementet har vurdert, men ikke funnet grunn til å erstatte «opplysninger» i § 2 i høringsforslaget med «informasjon» som foreslått av *Norsk forening for Industriens Patentingeniører*. Selv om det vanskelig kan fastsettes noen generelle kvantitative eller kvalitative krav til forretningshemmeligheter, følger det blant annet av kravet til «kommersiell verdi» at forretningshemmeligheten må være egnet til å opplyse eventuelle mottakere på en måte som gjør at kunnskapen kan nyttiggjøres. En viktig begrunnelse for vern for forretningshemmeligheter er å forhindre at næringsaktører skaffer seg urettmessige konkurransefordeler gjennom tilgang til resultater av andres innsats, investeringer og prøving og feiling. Et vern som er så vidt at det også omfatter informasjon som ikke har denne effekten, men hvor det fortsatt vil kreves betydelig innsats hos mottakeren for å bearbeide, sammenstille eller videreutvikle informasjonen før denne kan sies å ha en kommersiell verdi, vil gå lenger enn det

som følger av både direktivet og gjeldende rett. Departementet forslår derfor at ordet «opplysninger» brukes i lovforslaget.

Når det gjelder ønsket fra *Hovedorganisasjonen Virke* om å innta en ikke uttømmende liste over de vanligste forretningshemmelighetene i lovforslaget, har departementet kommet frem til at en slik opplisting ikke er hensiktsmessig. Definisjonen av en forretningshemmelighet oppstiller tre vilkår som alle kreve konkrete vurderinger. Angivelse av ulike typetilfeller vil kunne ta oppmerksomheten bort fra vilkårene loven oppstiller. Det følger videre av direktivets fortale at det er viktig å fastsette en ensartet definisjon av begrepet «forretningshemmeligheter» uten å begrense gjenstanden som skal beskyttes.

5.2 Inngrepshandlinger

5.2.1 Gjeldende rett

I høringsnotatet ble det redegjort slik for 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.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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».

5.2.2 Direktivets begrepsbruk

Direktivet skiller mellom tre ulike handlingstyper. I den danske språkversjonen av direktivet brukes uttrykkene «erhvervelse, bruk 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.

Direktivet inneholder ingen fellesbetegnelse for de ulike typene av ulovlige handlingene, men bruker i artikkel 2 nr. 3 «krænkende part», «infringer», «intrångsgörare» i henholdsvis den danske, engelske og svenske språkversjonen, om den som ulovlig har tilegnet seg, brukt eller formidlet en forretningshemmelighet.

5.2.3 Regelverket i Sverige og Danmark

Den svenske *lagen om företagshemligheter* inneholder i 3 § første ledd en legaldefinisjon av «angrepp på en företagshemlighet» som omfatter direktivets tre ulike handlingstyper. Som «angrepp» på en forretningshemmelighet anses at noen uten innehaverens samtykke «bereder sig tillgång till, tillägnar sig eller på något annat sätt anskaffar företagshemligheten», «utnyttjar företagshemligheten»,

eller «röjer företagshemligheten». «Angrepp» brukes deretter som en fellesbetegnelse på ulovlige handlinger i de etterfølgende bestemmelsene om håndhevingsmidler.

Til forskjell fra løsningen som er valgt i Sverige, har den *danske gjennomføringsloven* ingen fellesbetegnelse for ulovlige handlinger, men nevner i stedet de forskjellige handlingstypene uttrykkelig i tilknytning til lovens ulike håndhevingsmidler.

5.2.4 Forslaget i høringsnotatet

I høringsforslaget ble uttrykkene tilegnelse, bruk og formidling benyttet på de ulike inngrepshandlingene. Både tilegnelse og bruk er uttrykk som benyttes i lovverket i dag. Det ble vist til at bruk er et mer nøytralt uttrykk enn ordet utnytte og samsvarer med ordlyden i den danske språkversjonen av direktivet. Det ble lagt til grunn at ordet formidling var mer egnet til en generell beskrivelse av den tredje formen for inngrep enn alternativene «avsløre», «røpe» eller «åpenbare». Uttrykket som benyttes i straffeloven § 207, «gjøre den kjent for en annen», ble ansett innholdsmessig dekkende, men en kortere uttrykksform var å foretrekke ut fra strukturen i direktivet og forslaget.

Høringsforslaget benytter uttrykket «inngrep i en forretningshemmelighet» som en fellesbetegnelse for de handlingene som etter direktivet er ulovlige, og uttrykket dekker både handlinger i forslaget §§ 3 og 4. Ordet «inngrep» benyttes i annen immaterialrettslovgivning. Forretningshemmeligheter skiller seg fra de formene for rettingstiltak hvor inngrepsterminologi tradisjonelt benyttes ved at det ikke foreligger noen beskyttet enerett til utnyttelse av opplysningene. Forskjellene på dette punktet ble likevel ikke ansett som en avgjørende innvending mot å bruke «inngrep» som fellesbetegnelse i tilknytning til forretningshemmeligheter.

5.2.5 Høringen

NHO har stilt spørsmål om hensiktsmessigheten av fellesbetegnelsen «inngrep» for ulovlige handlinger etter § 3 i høringsforslaget:

«Vi oppfatter at begrunnelsen for å bruke begrepet utelukkende er at det er vanlig i annen immaterialrettslovgivning. All den tid forbudene retter seg mot konkrete handlinger inneholder skal vernes mot, bør departementet vurdere å rette forbudene direkte mot de hand-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

lingene – i hovedsak tilegnelse, bruk og formidling – det er snakk om i den enkelte bestemmelse. Dette vil gjøre lovteksten kortere og mer presis, og det vil bli tydelig at det ikke er et separat vilkår at det foreligger «inngrep» [...].»

Professor Irgens-Jensen har derimot uttalt:

«Lovforslaget § 3 omtaler hva som skal anses å utgjøre «inngrep» i forretningshemmeligheter. På dette punkt er lovteksten formulert klart enklere enn direktivteksten. Denne forenklingen virker hensiktsmessig og «brukervennlig».»

5.2.6 Departementets vurderinger

Departementet har kommet frem til at innføringen av en fellesbetegnelse for de tre handlingstypene som etter direktivet er ulovlig, vil forenkle lovteksten og opprettholder derfor forslaget i høringsnotatet.

5.3 Øvrige definisjoner

5.3.1 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 «forretningshemmelighetshaver»: «enhver fysisk eller juridisk person, som lovlig kontrollerer en forretningshemmelighet». 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 ulovlig har erhvervet, brukt eller videregivet en forretningshemmelighet».

I artikkel 2 nr. 3 defineres begrepet «krænkende varer» som «varer, hvis udformning, karakteristika, funksjon, produksjonsprosess eller markedsføring i væsentlig grad drager fordel av forretningshemmeligheter, som er ulovlig erhvervet, brukt 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 vurde-

ringen 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 markedsføringsprosesser».

5.3.2 Regelverket i Sverige og Danmark

Den svenske *lagen om företagshemligheter* klargjør i 3 § annet ledd at «utnyttjande» av en forretningshemmelighet etter 3 § første ledd nr. 2 også foreligger når noen «tillverkar varor vars formgivning, egenskaper, funktion, tillverkning eller marknadsföring gynnas avsevärt av en angripen företagshemlighet. Detsamma gäller då någon bjuder ut sådana varor till försäljning, för ut dem på marknaden eller importerar, exporterar eller lagrar sådana varor för dessa ändamål». Den svenske loven inneholder ingen definisjoner av begrepene i direktivet artikkel 2 nr. 2 og nr. 3.

I den danske *loven om forretningshemmeligheder* er «forretningshemmelighedshaver» definert som enhver «fysisk eller juridisk person, som lovlig kontrollerer en forretningshemmelighed» i § 2 nr. 2. I § 2 nr. 3 er «krænkende part» definert som enhver «fysisk eller juridisk person, som ulovlig har erhvervet, brukt eller videregivet en forretningshemmelighed». «Krænkende varer» er definert i nr. 4 og omfatter varer «hvis udformning, karakteristika, funksjon, produksjonsprosess eller markedsføring i væsentlig grad drager fordel af forretningshemmeligheder, som er ulovlig erhvervet, brukt eller videregivet».

5.3.3 Forslaget i høringsnotatet

Høringsforslaget § 2 annet ledd inneholdt en definisjon av «innehaver av en forretningshemmelighet». Uttrykket samsvarer med den svenske språkversjonen av direktivet og er språklig sett å foretrekke fremfor «forretningshemmelighetshaver» som benyttes i den danske versjonen. Definisjonen i høringsforslaget følger ordlyden i direktivet, med unntak av at uttrykket «lovlig kontrollerer» er erstattet med «rettmessig kontrollerer». Det har sammenheng med språkbruken ellers i forslaget.

Forslaget bruker ikke direktivets uttrykk «krænkende part». I tråd med språkbruken ellers i forslaget brukes uttrykket «inngriper» om den som gjør inngrep. Det ble ikke ansett behov for en

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

egen legaldefinisjon av «inngriper» i forslaget ettersom «inngrep» er definert i §§ 3 og 4.

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

5.3.4 Høringen

NHO viser til at ordet «kontrollerer» i høringsforslaget § 2 tredje ledd er en noe fremmed uttrykksmåte.

5.3.5 Departementets vurderinger

Departementet har vurdert innspillet fra *NHO* til den språklige utformingen av bestemmelsen og foreslår at «kontrollerer» erstattes med uttrykket «råder over» i definisjonen av en innehaver av en forretningshemmelighet i forslaget § 2 tredje ledd. For øvrig opprettholder departementet forslaget i høringsnotatet.

6 Vern av forretningshemmeligheter

6.1 Gjeldende rett

I høringsnotatet ble det redegjort slik for 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 Konkurranselovkomiteen 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. Der som utnyttaren 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 for-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

midling 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 rettsstridige 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 Konkurranselovkomiteen 1966 side 56 ble det uttrykt tvil om det var tilstrekkelig grunnlag for å opprettholde bestemmelsen. Det ble vist til at konkurranse-loven § 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 ellers vil dukke opp, måtte kunne behandles etter general-sklausulen [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 bedriftshemmelighet 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 overlatt en annen med en forutsetning om kon-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

fidensialitet. 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 forsettlig 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 forretningshem-

meligheter 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 vedkom-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

mende er betrodd i anledning et oppdrag, til-litsverv, eierforhold, tjenesteforhold eller for-retningsforhold. Bestemmelsen rammer kun utnyttelse i næringsvirksomhet og er innholds-messig sammenfallende med markedsførings-loven § 29 første ledd. Samtidig er strafferam-men 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 gjer-ningspersonen har oppnådd kunnskap om selve forretningshemmeligheten, men også når personen har satt seg i besittelse av et dokument eller en gjenstand som hemmelighe-ten kan utledes fra. Straffebudet rammer også den som rettsstridig har oppnådd kunnskap eller rådighet over tekniske hjelpemidler. Gjer-ningsbeskrivelsen omtales ofte som bedrifts- eller industrispionasje. Bestemmelsen rammer rettsstridig tilegnelse fra personer utenfor virk-somheten, 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 straffelo-ven § 208. Bestemmelsen avløste straffeloven 1902 § 405 a, som rammet den som «på urime-lig måte skaffer seg eller søker å skaffe seg kunnskap om eller rådighet over» en bedrifts-hemmelighet. Straffelovkommisjonen uttaler i NOU 2002: 4 Ny straffelov Straffelovkommisjo-nens delutredning VII s. 323 at «kriteriet «på urimelig måte» i strl. § 405 a, [...] etter kommi-sjonens oppfatning innebærer en for lav terskel for hva som er straffbart. En alternativ formu-lering kan være «grovt klanderverdige» eller lik-nende.»

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 erstat-ter § 405 a, kan det spørres om «grovt klander- verdig» 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 vur-dert 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 vil-kår 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 «utilbør- lig» 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 kri-minaliseringen ikke skal gå lenger enn nødven-dig.»

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

I tillegg til reglene i markedsføringsloven og straffeloven finnes det også i prosesslovgiv-ningen viktige bestemmelser som gir vern mot spredning av forretningshemmeligheter. Det gis nedenfor en kortfattet oversikt over disse. Enkelte av prosessreglene beskrives i nær-mere 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 hin-dre at andre får adgang eller kjennskap til det vedkommende i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om «tekniske innretnin-ger og fremgangsmåter samt drifts- eller forret-ningsforhold». Taushetsplikten gjelder også etter at vedkommende har avsluttet tjenesten eller arbeidet, og opplysninger underlagt taus-hetsplikt kan ikke utnyttes i egen virksomhet eller i tjeneste eller arbeid for andre, jf. § 13 tredje ledd.

Opplysningene må være av «konkurranses-messig 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 før-ste ledd nr. 3.

Etter forvaltningsloven § 13 b er reglene om taushetsplikt for «drifts- og forretningsfor-hold» ikke til hinder for at opplysninger i en sak gjøres kjent for sakens parter eller deres repre-sentanter. Det følger av § 13 b annet ledd første punktum at parten eller partsrepresentanten bare kan bruke opplysningene i den utstrek-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

ning 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 *domstolloven § 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 utgangspunktet 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.»

6.2 Direktivet artikkel 3 til 5

6.2.1 Innledning

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 en 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. Artikkel 3 til 5 gjennomgås enkeltvis under.

6.2.2 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 i den nasjonale

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

gjennomføringslovgivningen 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 3 nr. 2 og artikkel 4 nr. 3 til 5.

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 innenfor enkelte industri-sektorer utføres omvendt utvikling 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 behovet 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 samme sett opplysninger hos to (eller flere) bedrifter utgjøre forretningshemmeligheter etter direktivets definisjon.

Direktivet artikkel 3 nr. 1 bokstav c slår fast at utøvelse av arbeidstakeres eller arbeidstakerrepresentanters 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 arbejdstagere og arbejdsgiveres interesser, herunder medbestemmelse, samt erhvervelse eller videregivelse af en forretningshemmelighed i forbindelse med lovpligtig 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 ervervspraksis». Bestemmelsen speiler artikkel 4 nr. 2 bokstav b som viser til at tilegnelse «i strid med redelig ervervspraksis» er en ulovlig handling.

I artikkel 3 nr. 2 vises det videre til at tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshem-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

melighet 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.

6.2.3 Ulovlige handlinger – inngreps-handlinger

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 «uautorisert» 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 forretnings-

hemmeligheten 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 opplysninger 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 inngreps handlingen 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 formene for ulovlig tilegnelse som nevnes i artikkel 4 nr. 2 bokstav a, vil enhver annen *tilegnelse i strid med god forretnings-skikk* («redelig erhvervspraksis») rammes av bestemmelsen, jf. artikkel 4 nr. 2 bokstav b. Direktivet gir ingen nærmere veiledning til vurderingen

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 blant annet ha selvstendig betydning for oppdragstageren 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 overtrederens 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 eller uaktsomhet 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 12.2.

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 vesentlig grad drager fordel» av den ulovlige bruken av forretningshemmeligheten. Direktivets

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 varen.

Direktivet gir ingen nærmere veiledning om hva som ligger i de ulike handlingsalternativene i artikkel 4 nr. 5. I fortalen punkt 28 vises det til at i lys av samhandelens globale karakter er det nødvendig med et forbud mot import av krenkende 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 inngangssteder 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.

6.2.4 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 uklare.

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. Bestemmelsen synes i hovedsak å fange opp de tilfellene som følger av artikkel 5. Artikkel 3 nr. 2 vil dekke handlinger som er beskyttet av retten til ytringsfrihet etter EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 11, jf. alternativet i direktivet 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. alternativet artikkel 5 bokstav c. Sistnevnte bestemmelse vil kunne ha en restfunksjon der nasjonal rett ikke tillater formidling av opplysninger, men at slik formidling likevel anses 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 langt på vei overlappe. På tilsvarende måte vil formidling av forretningshemmeligheter ved varslings 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. 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

til undersøkende journalistikk og beskyttelse av journalistiske kilder. I fortalen punkt 34 konstateres det videre at direktivet er i overenstemmelse 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 EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 er det derfor inntatt en tilpasningstekst til artikkel 5 slik at henvisningen til charteret tas ut av bestemmelsen. I EØS-tilpasset form vil bestemmelsen kun vise til «den grunnleggende retten til ytrings- og informasjonsfrihet» og det nærmere innholdet i bestemmelsen må i norsk rett klarlegges med utgangspunkt i EMK artikkel 10 og Grunnloven § 100.

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 «udøvelsen 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.

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 allmennhetens interesser. Bestemmelsen tar sikte på å verne varslere og dekker også varslingsutenfor 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 som bestemmelsen beskriver.

I fortalen punkt 20 vises det til at direktivet ikke bør begrense rapportering av uregelmessigheter. Vernet av forretningshemmeligheter bør derfor ikke omfatte tilfeller der formidling av forretningshemmeligheter er i offentlighetens interesse «for så vidt som direkte relevante forse-

elser, 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 ytringsretten for varslere skal avveies mot vernet av forretningshemmeligheter. Det er samtidig klart at visse krav må oppstilles før vernet av 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 omfattes, jf. også ordlyden «erhvervelse, brug 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 ytringsfrihet 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 arbeidstakerrepresentanter 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 artik-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

kel 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 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 for 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 av 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.

6.3 Regelverket i Sverige og Danmark

Gjennomføringen av direktivet artikkel 3 til 5 i den svenske *lagen om företagshemligheter* følger i begrenset grad ordlyden i direktivet. Loven følger heller ikke direktivets inndeling i lovlige, ulovlige og ikke-håndhevbar handlinger. I 3 § første ledd defineres uttrykket «angrepp» på en forretningshemmelighet som en fellesbetegnelse på tilegnelse, bruk og formidling uten innehaverens samtykke. I 3 § første ledd 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. Hvilke handlinger som utgjør «angrepp på företagshemligheter» etter bestemmelsen, beskrives nærmere i Prop. 2017/18:200 punkt 7.1.

I 4 § første ledd begrenses lovens virkeområde til kun å gjelde «obehörige angrepp». Den tekniske løsningen som er valgt her, samsvarer med virkeområdet i den tidligere *lagen om skydd för företagshemligheter* (1990:409) 2 § første ledd. Begrepet «obehöriga angrepp» 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:

«Gennom kravet på obehörighet dras en gräns upp mellan sådana förfaranden med företagshemligheter som på någon grund är godtagbara, eller behöriga, och sådana förfaranden som innehaveren av en företagshemlighet har ett berättigat anspråk på att skyddas från och som alltså är obehöriga.»

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 «obehöriga angrepp».

I 4 § skilles det ikke mellom «angrepp» som kan håndheves og «angrepp» som ikke kan håndheves. I forarbeidene til bestemmelsen legges det

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

til grunn at unntaksbestemmelsen i direktivet artikkel 5 ikke trenger særskilt gjennomføring ettersom tilfellene som nevnes vil falle utenfor begrepet «obehørig angrep». 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 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.

Forarbeidene til den svenske loven har en omfattende drøftelse av unntaket i artikkel 5 bokstav b for varslings av «forseelser, uregelmessigheter eller ulovlige aktiviteter», se Prop. 2017/18:200 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 loven. I tillegg til denne avgrensningen av lovens virkeområde, følger det av 4 § annet ledd at det ikke utgjør en rettsstridig handling («obehørigt angrep») 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 bak-

grunn av informasjonen «skäligen kan misstänkas» for en straffbar handling.

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 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 om lovlige former for tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter.

Når det gjelder gjennomføringen av artikkel 4 legges det til grunn at bestemmelsen i hovedsak 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 opplisting 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. 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 bemærkninger 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.

6.4 Forslaget i høringsnotatet

6.4.1 Innledning

Høringsforslaget tok 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 straffelo-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

vens 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 foreslås fjernet.

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. I høringsnotatet ble det gitt følgende innledende redegjørelse for forslagene:

«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 opplysning av handlinger som skal anses lovlig, 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 utført 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 det danske lovforslaget, 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 avvissingsgrunn.

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 tilnærmingen 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 mfl. §§ 28 og 29 og strl. §§ 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 forsettlige 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.»

6.4.2 Lovlige handlinger

Direktivet artikkel 3 nr. 1 lister opp fire former for tilegnelse av forretningshemmeligheter som skal betraktes som lovlige handlinger. Det ble lagt til grunn i høringsnotatet at dette er handlinger som etter en naturlig fortolkning av artikkel 4 klart faller utenfor bestemmelsen. Handlingene ville av samme grunn ikke utgjøre inngrep i forretningshemmeligheter etter § 3 i høringsforslaget. Forholdet mellom lovlige handlinger etter direktivet

artikkel 3 og inngrepshandlinger etter høringsforslaget § 3 ble i høringsnotatet beskrevet slik:

«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. Der som 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 arbeidstakerrepresentanters 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 overensstemmelse 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.»

6.4.3 Inngrep i forretningshemmeligheter

Det ble i høringsnotatet lagt opp til at direktivet artikkel 4 og 5 gjennomføres i samme bestemmelse i høringsforslaget § 3. Forbudet mot varer som utgjør inngrep i forretningshemmeligheten ble skilt ut i § 4 i høringsforslaget, se punkt 6.4.4 under. 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. Høringsforslaget la ikke opp til det. Det ble i høringsnotatet gitt følgende redegjørelse for høringsforslaget:

«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 inngrepshandlingen. 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 yringsfriheten 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 yrings- 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 yringsfriheten 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 yringsfriheten kan aksepteres, at den «lar seg forsvare holdt opp imot

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 begrunnelse», 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 unnlater, 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 arbeidstakeres 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 menneskerettsdomstolen (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.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 tilfelle 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 fratras 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 fratras 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, fratras ikke innehaveren av hemmeligheten til

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

gang 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 «forretningshemmeligheten 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 arbeidstaker 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 arbeidsoppga-

ver. 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.

Eksempelene 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 Konkurranselovkomiteén 1966 punkt 7.

Forslaget § 3 annet ledd rammer inngreps handlinger som består i urettmessig bruk eller formidling av forretningshemmeligheten. Direktivet inneholder ingen nærmere forkla-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

ring 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 tilsvares 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 forretnings-

hemmeligheten. 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 «fortrolighetsaftale». Etter artikkel 4 nr. 3 bokstav c foreligger ulovlig bruk ved brudd på en «kontraktlig forpliktelse [...] til at begrense forretningshemmelighetsens bruk». Begrepene «fortrolighetsaftale» 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 kontraktsforpliktelse 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 urettmes-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

sig selv om den ikke strider direkte mot avtale-reguleringen 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 akt som 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 forretnings-

hemmeligheten, 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.»

6.4.4 Særlig om inngrepshandlinger knyttet til varer

Det ble foreslått egne regler om *varer som utgjør inngrep* i § 4 i høringsnotatet. Det ble i høringsnotatet gitt følgende redegjørelse for forslaget:

«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 tilknyt-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

ning 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, egenkap 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 spesialmerkene 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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.»

6.5 Høringen

Professor Irgens-Jensen har i sin høringsuttalelse foreslått å beholde markedsføringsloven § 29:

«Nå vil slike tekniske hjelpemidler som lovbestemmelsen omhandler, ofte kvalifisere til vern som *forretningshemmelighet*, og det er etter det jeg forstår departementets begrunnelse for ikke å opprettholde den. Men den ovennevnte dommen [Sunnmøre tingretts dom 14-03818TVI-SUMO, avsagt 4. juni 2015] illustrerer at det ikke alltid er overlapp. Og – dette er et viktig poeng – det kan bli mindre overlapp i fremtiden. Som jeg vil komme tilbake til nedenfor, kan det hende at lovens nye begrep «forretningshemmelighet», særlig på grunn av vilkåret om «rimelige beskyttelsestiltak», vil være noe snevrere enn dagens «bedriftshemmelighet». Under enhver omstendighet er det ikke til å unngå at det i en tid fremover vil være en del usikkerhet om hva «forretningshemmelighet» egentlig betyr. Når begrepet er forankret i EU-retten, vil det leve sitt eget liv utenfor norsk rettstradisjon. Dets innhold må til syvende og sist fastsettes av EU-domstolen, og vi som har arbeidet med opphavsrett og begrepet «tilgjengelig for allmennheten», vet at EU-domstolen kan gi begreper vi trodde vi visste hva betød, et temmelig annerledes innhold.

Slik jeg ser det, vil markedsføringsloven § 29 være viktig for å sikre våre næringsdrivende en beskyttelse som de er vant til å ha, og som de også har et legitimt behov for. Det følger etter mitt syn av premiss 17 i direktivets fortale at vi kan opprettholde bestemmelsen, siden direktivet ikke «har til hensikt at reformere eller harmonisere lovgivningen om illoyal konkurranse generelt». Danmark har riktignok opphevet sin bestemmelse tilsvarende § 29, men jeg ber departementet merke seg at Finland har beholdt en slik regel (se Niklas Bruun og Marcus Norrgård, «Den nye finska lagen om företagshemligheter», Nordiskt Immateriellt Rättsskyd 2018 s. 487–499 (på s. 491)). Vi bør gjøre som Finland.»

Han stiller seg positiv til § 3 i høringsforslaget om hva som skal anses som inngrep i forretningshemmeligheter og mener at lovteksten på dette punktet er formulert «klart enklere enn direktivteksten. Denne forenklingen virker hensiktsmessig og «brukervennlig». Han støtter også høringsforslagets uttrykkelige videreføring av rettsstridsreservasjonen, som han anser som «grunnleggende for domstolenes mulighet til å gi vernet en avbalsert avgrensning». Han uttaler videre:

«Det gjelder ikke minst for de vanskelige konflikter om hva tidligere ansatte som er gått over i konkurrerende virksomhet, kan bruke av kunnskap de har ervervet hos sin tidligere prinsipal. Direktivets fortale inneholder flere avsnitt som understreker at det her må finnes en riktig balanse (se avsnitt 3, 13, 14, 21 og 34). En rettsstridsreservasjon finner vi også i direktivet artikkel 5 bokstav d.

Det er min oppfatning at norske domstoler stort sett har funnet den riktige balanse mellom arbeidsgivernes og de eksansattes interesser i disse sakene. Av hensyn til forutsigbarhet i næringslivet bør forarbeidene være tydelige på at lovgiver her ikke går inn for noen endring av dagens rettstilstand. Så vidt jeg kan se, er dette imidlertid ikke eksplisitt uttrykt i høringsnotatet. Tvert i mot finner vi på s. 58 noen uttalelser om arbeidsgivers lojalitetsplikt som etter mitt skjønn vil kunne brukes av en arbeidsgiverside til å svekke vernet for arbeidstakerne, siden det ikke presiseres at plikten til «å opptre i samsvar med arbeidsgivers interesser og lojalt fremme disse» primært gjelder mens ansettelsesforholdet består, ikke etter det er avsluttet. De vanskelige tvister om vernet for bedriftshemmeligheter dreier seg om tidligere arbeidstakere som har ervevet verdifull kunnskap fra en bedrift under ansettelsesforholdet, men først bruker den i strid med denne bedriftens interesser etter at arbeidsforholdet er avsluttet. Da spiller ikke lojalitetsplikten så stor rolle, det er grenseoppgangen i loven om vern av forretningshemmeligheter som blir avgjørende (se nærmere Bedriftens hemmelighet – og rettighet? s. 103–108). Og her er rettsstridsreservasjonen viktig. Det er treffende uttrykt i forarbeidene til den gamle markedsføringsloven, Ot.prp. nr. 57 (1971–71) s. 26:

Departementet antar at ordet rettsstridig ... også her vil kunne gi grunnlag for den riktige tolkning. Det kan ikke uten videre anses rettsstridig av en tidligere funksjonær i en

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

bedrift å gjøre bruk av den kunnskap som det gjelder, såfremt 'det i ubillig grad ville vanskeliggjøre hans adgang til erverv'. Hvorledes en slik handling skal bedømmes, må avgjøres etter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle».

Også *NHO* har kommet med generelle innspill til utformingen av § 3 i sin høringsuttalelse. De uttaler blant annet at:

«Vi er enig i at § 3 utgjør kjernen i vernet for innehavere. Den bør derfor være enklest mulig å forstå for både innehavere og dem forbudet gjelder.

Det bør være tydeligere i første ledd hva «ved annen atferd» er knyttet til. Slik forslaget er formulert, kan dette gjelde ethvert inngrep i forretningshemmeligheter eller kun til de to tilegnelsesmåtene (kunnskap og rådighet). Artikkel 4 nr. 2 bokstav a gjelder direkte kun for opplysninger som tilegnes i noen bestemte former (dokumenter mv.), mens bokstav b – slik vi forstår den – gjelder alle måter å skaffe seg opplysninger på, hvis de er i strid med god forretningsskikk.

I spesialmerknadene er alternativet om god forretningsskikk omtalt som «en sikkerhetsventil». Betydningen av dette er uklar. Hvis meningen er at det skal spesielt mye til for at forbudet gjelder, er vi ikke enig i dette. I direktivet er bokstav a og b likeverdige.

Vi mener at lovteksten av pedagogiske hensyn heller bør ta utgangspunkt i den mest generelle formuleringen – bokstav b – og at alternativet om uautorisert adgang mv. bør være et selvstendig alternativ.

Første og tredje ledd inneholder perioder på 46 ord hver. De kan med fordel deles opp.»

NHO har også uttrykt usikkerhet over hvorfor «illustrasjonen gjennom Rt. 2007 side 1841 ikke også ville vært rammet av noen av de tre første tilegnelsesmåtene i § 3 første ledd».

Professor Irgens-Jensen har videre vist til at de angitte eksemplene på inngrep i § 3 første ledd ikke nødvendigvis vil være enkle å forstå i dagens digitale virkelighet. Han uttaler:

«For en alminnelig leser behøver det ikke være opplagt at «dokumenter» også omfatter elektroniske filer. Av pedagogiske grunner kunne man for eksempel skrevet: «skaffe seg adgang til, ta med seg, eller kopiere dokumenter i digital eller analog form eller andre gjenstander,

eller ved annen atferd i strid med god forretningsskikk.»

Et liknende synspunkt er fremholdt av *NHO* i deres høringsuttalelse:

«Forslaget gjelder tilegnelse av «andre» gjenstander, slik at «dokumenter» regnes som en gjenstand. Begrepet «dokument» skal forstås «teknologinøytralt», blant annet er informasjon lagret på «et medium» omfattet (side 123). «Elektroniske filer» er omfattet etter direktivet (side 54). Også «gjenstand» skal forstås vidt. Det skal dekke slike hjelpemidler som i dag er omfattet av straffeloven § 208 og «elektronisk software» (side 123). Spesialmerknadene (side 123) nevner «informasjon som er elektronisk lagret» som et eksempel på dokument eller gjenstand.

Vi mener det bør bli klarere at «dokumenter eller andre gjenstander» gjelder også opplysninger som er tilgjengelige utelukkende digitalt – for eksempel gjennom skytjenester, som det ikke uten videre er naturlig at er omfattet av uttrykket «dokumenter eller andre gjenstander».

NHO har også kommentert formuleringen i § 3 første ledd om at dokumenter og gjenstander som er omfattet av forbudet skal være «hos innehaveren av hemmeligheten». De uttaler:

«Vi oppfatter direktivet slik at artikkel 4 nr. 2 ikke stiller noe krav til hvor dokumentene mv. befinner seg, og av spesialmerknadene (side 123) ser det ut til at det ikke er meningen at det er noe krav til hvor dokumenter/gjenstander befinner seg. Det er neppe naturlig å omtale for eksempel lagring i skyen som et «sted» man har adgang til. Innehavere kan dessuten ha lagret dokumentene mv. hos andre, og vernebehovet er da like stort. Vi mener derfor at loven ikke bør ha et slikt vilkår, alternativt at «hos»-vilkåret blir presisert i proposisjonen.»

Når det gjelder høringsforslaget til § 3 annet ledd, uttaler *NHO*:

«Etter § 3 annet ledd bokstav b skal det gjelde det inngrepsforbud for den som har fått kunnskap mv. over forretningshemmeligheter «i anledning av et tjeneste-, tillitsverv- eller forretningsforhold». For disse «må det foreligge et rettslig grunnlag» som begrenser bruk og formidling, og vi antar at nevnte «forhold» utgjør

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

rettslige grunnlag. Det går frem (side 58) at brudd på «enhver anden pligt» innebærer overtreddelse av forbudet. Departementet tolker uttrykket slik at det kan være snakk om lovfestede så vel som ulovfestede rettslige grunnlag. Vi er enig i denne forståelsen. Det kan imidlertid tenkes at inngriper har et forhold til innehaver som er mer avledet enn det man vil kalle et forretningsforhold (eller «tilknytningsforhold», jf. spesialmerknadene (side 124)) mellom de to, for eksempel i egenskap av underleverandør eller hjelper til noen som innehaver har et forretningsforhold til. Forbudet i § 3 annet ledd bokstav b bør derfor formuleres videre enn det som er foreslått. Det vil uansett gjelde krav både om urettmessighet og om at innehaveren må ha truffet tiltak for å holde opplysningene hemmelige, jf. forslaget til definisjon.»

Advokatforeningen mener at bestemmelser om handlinger som skal anses lovlige, slik man finner i direktivets artikkel 3, bør fremgå av lovteksten. Etter deres syn fyller reglene i artikkel 3 en viktig pedagogisk funksjon, og de avklarer enkelte spørsmål som i dag er uklare. For å sikre en klar gjennomføring av direktivet, foreslås det at loven har en egen paragraf som tilsvarende artikkel 3.

Både *professor Irgens-Jensen* og *Advokatforeningen* har tatt til orde for en mer direkte gjennomføring av direktivet artikkel 5 i lovforslaget, men i ulik utstrekning og med ulik begrunnelse. *Professor Irgens-Jensen* uttaler:

«I direktivets artikkel 5 bokstav b blir det presisert at vernet for forretningshemmeligheter ikke skal ramme handlinger som gjøres «for at afdække forseelser, uregelmæssigheder eller ulovlige aktiviteter, hvis sagsøgte handlede med henblik på at beskytte den almene offentlige interesse». Departementet er enig i at slik «varsling» ikke skal anses som inngrep i vernet for forretningshemmeligheter, og mener at dette ligger nettopp i den nevnte rettsstridsreservasjonen. Her synes jeg departementet bør være eksplisitte i lovteksten. Det er lett å se for seg at en arbeidsgiver vil kunne «true ansatte til taushet» ved å peke for vernet for forretningshemmeligheter. Ansatte som ikke er jurister, vil ikke lett se at ordet «urettmessig» gjør at legitim varsling ikke er krenkelse av forretningshemmeligheter. Av hensyn til varslerinstituttets effektivitet bør et «varslerunntak» etter mitt syn uttrykkes eksplisitt i lovteksten.»

Advokatforeningen er enig med departementet i at unntakene i direktivets artikkel 5 bør oppfattes som materielle og ikke prosessuelle innsigelser. De uttaler imidlertid:

«Forslaget om å la unntakene inngå i urettmessighetsvurderingen etter § 3, harmonerer imidlertid ikke godt med direktivets ordlyd. Rett nok kan de formålene som er oppregnet i artikkel 5, i mange tilfelle gjøre handlingene rettmessige. Men direktivet synes også å åpne for at det kan være tilfeller hvor handlingene er urettmessige, men hvor saksøkte likevel ikke kan pålegges sanksjoner. I så fall må den berettede nøye seg med fastsettelsesdom. En slik ordning kan være hensiktsmessig i enkelte tilfeller. Det kan for eksempel tenkes tilfeller hvor risiko for erstatningsansvar kan medføre en skadelig «overprevensjon» som hemmer pressens eller det offentliges virksomhet til varetakelse av samfunnsinteresser, men hvor en fastsettelsesdom kan være et hensiktsmessig middel for å oppnå ønskelig avklaring av omtvistede spørsmål. Dette tilsier at unntakene i artikkel 5 gjennomføres i en egen paragraf.»

NHO har også bedt om en klargjøring av hva som det siktes til med «varer» i § 4 i høringsforslaget, og har uttalt at det vil være særlig nyttig «med mer veiledning om det for eksempel er snakk om en avgrensning i tråd med «ting» i kjøpslovgivningen».

6.6 Departementets vurderinger

Departementet er enig med *professor Irgens-Jensen* i at det vil kunne finnes tilfeller av rettsstridig bruk av tekniske hjelpemidler etter markedsføringsloven § 29 som ikke dekkes av markedsføringsloven § 28, eller utgjør inngrep i forretningshemmeligheter etter høringsforslaget. Departementet legger imidlertid til grunn at tilfeller hvor næringsdrivende har et legitimt behov for beskyttelse vil fanges opp av generalklausulen i markedsføringsloven § 25, eventuelt av markedsføringsloven § 30 i tilfeller der det foreligger forvekslingsfare. Departementet viser til at det allerede i innstillingen fra Konkurranselovkomiteen 1966 på side 56 ble uttrykt tvil om behovet for en egen regulering av tekniske hjelpemidler ettersom den dagjeldende bestemmelsen hadde fått liten betydning i praksis, og «de, antagelig nokså fåtallige, saker som ellers vil dukke opp, måtte kunne behandles etter generalklausulen [i forslaget § 1 – nå markedsføringsloven § 25]».

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

At generalklausulen i markedsføringsloven § 25 kan ha en slik funksjon er lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1998 s. 1315 (på s. 1322). Underrettspraksis illustrerer også at domstolene faktisk anvender markedsføringsloven § 25 i tilfeller hvor saksforholdet ikke rammes av markedsføringsloven § 28, se dom fra Gulating lagmannsrett LG-2016-44586.

Departementet viderefører derfor forslaget om å oppheve markedsføringsloven § 29.

Departementet er enig i presiseringen fra *professor Irgens-Jensens* om at arbeidstakeres lojalitetsplikt primært gjelder mens ansettelsesforholdet består, ikke etter at det er avsluttet. Den aktuelle uttalelsen på side 58 i høringsnotatet som *professor Irgens-Jensen* har vist til, gjelder kun for lojalitetsplikten under ansettelsesforholdet, noe som henvisningen til Rt. 1990 s. 607 var ment å presisere. Departementet vil også påpeke at hensynet til arbeidstakeres frihet til å benytte seg av ervervede erfaringer og ferdigheter i sitt fremtidige arbeidsliv, som vist til i Ot.prp. nr. 57 (1971–72) s. 26, ikke skal svekkes med lovforslaget, men at hensynet snarere vil komme tydeligere frem gjennom forslaget til § 2 annet ledd.

Når det gjelder innspillene fra *professor Irgens-Jensen* og NHO til utformingen av lovforslagets § 3 første ledd, mener departementet at det er tilstrekkelig klart at dagens dokumentbegrepet må forstås vidt og teknologinøytralt og dermed også omfatter digitalt lagrede opplysninger. Departementet er enig i at dette kan klargjøres ytterligere ved at ordlyden i bestemmelsen endres til «dokumenter eller gjenstander». NHO har vist til at kravet til at kilden til forretningshemmeligheten skal befinne seg «hos innehaveren» i for stor grad kan forstås som at hemmeligheten fysisk må befinne seg hos innehaveren. Departementet viser til at innehaveren er den som råder over forretningshemmeligheten, jf. forslaget § 2 tredje ledd. I lys både av dette og at dokumentbegrepet etter bestemmelsen er teknologinøytral, er det sentrale etter bestemmelsen at innehaveren råder over opplysningene. Ordlyden i forslaget er endret for at det klarere skal fremgå at bestemmelsen ikke er begrenset til dokumenter eller gjenstander som fysisk oppbevares hos innehavere. Tilfeller som språklig sett ikke anses dekket av § 3 første ledd bokstav a, vil kunne utgjøre «annen adferd i strid med god forretningsskikk» etter bokstav b.

Departementet har ikke funnet grunn til noen ytterligere klargjøring av hva som dekkes av formuleringen «ved annen atferd i strid med god forretningsskikk» i første ledd, slik NHO har foreslått. Anvendelsen av denne standarden krever en

konkret vurdering av forholdene i næringslivet på det aktuelle tidspunktet. Det fremgår både av ordlyden og av omtalen av bestemmelsen i høringsnotatet at § 3 første ledd gjelder den som tilegner seg en forretningshemmelighet gjennom å oppnå «kunnskap om eller rådighet over» forretningshemmeligheten. Departementet mener at det ikke er en god lovteknisk løsning at alternativet «annen adferd» plasseres først i bestemmelsen ettersom *annen* viser tilbake på adferd som ikke dekkes av forslaget § 3 første ledd bokstav a. Departementet viser til at direktivet artikkel 4 sett samlet skal tilsvare vernet etter TRIPS-avtalen artikkel 39 mot tilegnelse, bruk eller formidling i strid med god forretningsskikk. Artikkel 4 nr. 2 bokstav a er således en konkretisering av ulike tilegnelsesformer som anses å være i strid med god forretningsskikk. Tilsvarende er omtalen av § 3 første ledd bokstav b i høringsnotatet, ikke er ment å indikere noen særskilt streng norm, men kun at alternativet fanger opp former for tilegnelse i strid med god forretningsskikk som ikke dekkes av de tilfellene som er mer presist angitt i lovteksten.

NHO stiller spørsmål om hvorfor «illustrasjonen gjennom Rt. 2007 side 1841 ikke også ville vært rammet av noen av de tre første tilegnelsesmåtene i § 3 første ledd». I denne saken hadde Braathens gjennom en oppdragsavtale med Norwegian fått tilgang til en database med opplysninger som utgjorde forretningshemmeligheter og hadde fortsatt å hente ut bestillingsdata etter at samarbeidet var avsluttet. I en slik situasjon vil det kunne være mer nærliggende å si at den fortsatte tilegnelsen var i strid med god forretningsskikk, enn at Braathens urettmessig hadde skaffet seg adgang til opplysningene.

NHO har videre foreslått at § 3 annet ledd bokstav b omformuleres for å dekke inn griper som har et mer avledet forhold til innehaveren av forretningshemmeligheten enn forretningsforhold, «for eksempel i egenskap av underleverandør eller hjelper til noen som innehaver har et forretningsforhold til». Departementet kan ikke se at det er behov for en slik endring. Begrepet «forretningsforhold» må forstås vidt. Bestemmelsen rammer urettmessig bruk eller formidling fra noen som har hatt lovlig tilgang til forretningshemmeligheten. For denne gruppen må det derfor foreligge et rettslig grunnlag som begrenser adgangen til bruk eller formidling av hemmeligheten. Hvilken adgang personer med et forretningsforhold til innehaveren har til å formidle forretningshemmeligheten videre til sine underleverandører må derfor vurderes konkret. Som NHO påpeker har spørsmålet en side til innehaverens plikt til å

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

iverksette «rimelige tiltak» etter forslaget § 2. Departementet viser videre til at ved urettmessig formidling av en forretningshemmelighet fra personer nevnt i § 3 annet ledd bokstav b, vil mottakerens bruk av forretningshemmeligheten kunne rammes av § 3 tredje ledd.

NHO har bedt om en klargjøring av hva forslaget sikter til med «varer», særlig om det er snakk om en avgrensning i tråd med begrepet «ting» i kjøpslovgivningen. Definisjonen av «varer som gjør inngrep» bygger på ordlyden i direktivet artikkel 2 nr. 4. Den danske språkversjonen bruker begrepet «varer», den engelske versjonen «goods» og den svenske versjonen bruker begrepet «varor». Alle disse versjonene peker i retning av varer som fysiske gjenstander. Den tyske språkversjonen bruker derimot ordet «Produkte», som ikke nødvendigvis er begrenset til fysiske gjenstander. Departementet har imidlertid lagt til grunn at «varer» i forslaget er knyttet til fysiske gjenstander. En slik forståelse av begrepet vil gi best sammenheng med direktivets og lovforslagets håndhevingsbestemmelser.

Departementet har vurdert *Advokatforeningens* innspill om å innta en egen paragraf i lovforslaget som tilsvarende direktivet artikkel 3, men mener at en slik løsning verken er nødvendig eller hensiktsmessig. Direktivet artikkel 3 nr. 1 lister opp fire former for lovlig tilegnelse av forretningshemmeligheter, mens artikkel 3 nr. 2 viser generelt til at tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter som er pålagt eller tillatt etter EØS-retten eller nasjonal rett, ikke er ulovlig. Det er klart overflødig å gjennomføre reservasjonen i artikkel 3 nr. 2. Departementet mener også at tilfellene i artikkel 3 nr. 1 ikke utgjør ulovlig tilegnelse etter artikkel 4 nr. 2. Tilfellene i artikkel 3 nr. 1 bokstav a, c og d vil klart falle utenfor lovforslagets inngrepsdefinisjon. En arbeidstaker eller arbeidstakerrepresentant som tilegner seg en forretningshemmelighet som ledd i utøvelsen av retten til informasjon og konsultasjon i samsvar med unionsretten eller nasjonal rett og praksis, vil heller ikke ha tilegnet hemmeligheten ulovlig etter direktivet artikkel 4 nr. 2.

Advokatforeningen er enig med departementet i at artikkel 5 skal forstås som materielle innsigelser, men foreslår at artikkel 5 gjennomføres i en egen bestemmelse om urettmessige inngreps handlinger som det ikke kan benyttes håndhevingsmidler mot. En slik adgang er tiltenkt «tilfeller hvor risiko for erstatningsansvar kan medføre en skadelig «overprevensjon» som hemmer pressens eller det offentliges virksomhet til varetakelse av samfunnsinteresser, men hvor en fastsettelsesdom kan

være et hensiktsmessig middel for å oppnå ønskelig avklaring av omtvistede spørsmål».

Departementet viser til at direktivet skiller mellom handlinger som er lovlige, ulovlige og som ikke kan håndheves. I tråd med dagens retts-tilstand mener departementet at den nærmere avgrensningen av hva som rammes av forbudet mot inngrep, må bero på en sammensatt vurdering. Gjennom kravet til at handlingen må være urettmessig trekkes det en grense mellom former for tilegnelse, bruk og formidling som innehaveren av forretningshemmeligheter har en berettiget forventning om å beskyttes mot, og handlinger som innehaveren må godta av hensyn til andre beskyttede interesser. Advokatforeningen ønsker en ytterligere nyansering og viser til at det kan være et behov for rettslig avklaring gjennom fastsettelsessøksmål selv om andre håndhevingsmidler ikke er tilgjengelige. Departementet kan ikke se at det er behov for en slik løsning og mener at et slikt skille vil komplisere regelverket unødige. Som omtalt i punkt 6.2 er forholdet mellom direktivet artikkel 3 til 5 noe uklart. De handlingene som beskrives i artikkel 4 er ulovlige og skal kunne møtes med direktivets håndhevingsmidler, men mindre de er lovlige etter artikkel 3 eller dekket av unntaket i artikkel 5. Unntakene i artikkel 5 bokstav a, c og d viser til situasjoner der tilegnelse, bruk og formidling er tillatt med hjemmel i andre rettslige grunnlag og dermed er rettmessig. Det er vanskelig å se at det for disse handlingene er rom for en slik mellomkategori som Advokatforeningen ønsker. Varslingsunntaket i artikkel 5 bokstav b har en noe annen utforming ved at bestemmelsen selv angir en vurderingsnorm uten å henvise til andre rettslige grunnlag. Departementet har derfor vurdert *professor Irgens-Jensens* forslag om å gjennomføre varslerunntaket i direktivet artikkel 5 bokstav b uttrykkelig i lovteksten, men mener at artikkel 5 bokstav b, i likhet med de øvrige unntak, best gjennomføres ved urettmessighetsvurderingen i §§ 3 og 4. Varslerunntaket i artikkel 5 gir ikke i seg selv noen presis angivelse av når et varsel vil være rettmessig. Dette spørsmålet må i stedet besvares etter en nærmere vurdering av andre rettsgrunnlag som Grunnloven § 100, EMK artikkel 10 og SP artikkel 19, eventuelt arbeidsmiljøloven kapittel 2 A, skipsarbeiderloven §§ 2-6 til 2-7, eller forurensningsloven § 39.

Sett samlet mener departementet at hensynene som fremheves både i artikkel 3 og artikkel 5 ivaretas best innenfor rammene av en urettmessighetsvurdering, og departementet har opprettholdt lovstrukturen fra høringsnotatet i forslaget.

7 Generelle krav til håndhevingsregler

7.1 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 EMK artikkel 6 og 13. 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 rettstvister 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. De generelle målsetningene i § 1-1 er relevante i tolkningen og den konkrete anvendelsen av tvistelovens øvrige regler.

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.

7.2 Direktivet artikkel 6 og 7 nr. 1

Artikkel 6 og 7 nr. 1 i direktivet lister opp grunnleggende krav til 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 inn-

grep 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 unødige kompliserte eller kostbare, og ikke medføre urimelige tidsfrister eller ubegrunnede forsinkelser (bokstav b). Samtidig skal de aktuelle virkemidlene være effektive og avskrekkelige (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.

7.3 Regelverket i Sverige og Danmark

I høringsnotatet ble det redegjort slik for lovgivningen 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 rettferdige, saklige, effektive, proporsjonale og avskrekkelige, 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 forretningshemmeligheter inneholder heller ikke bestemmelser som gjennomfører direktivet artikkel 6 eller 7 nr. 1.»

7.4 Forslaget i høringsnotatet

Høringsforslaget inneholdt ikke egne bestemmelser til gjennomføring av de generelle kravene som følger av direktivet artikkel 6 og 7 nr. 1. Det ble gitt følgende redegjørelse for forslaget:

«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.»

7.5 Høringen

Advokatforeningen støtter forslaget og uttaler:

«Advokatforeningen er enig i at prinsippene i direktivet artikkel 6 og 7 nr. 1 allerede følger av norsk sivilprosess og sentrale EØS-rettslige prinsipper, og at de ivaretas ved at løsningene som ble valgt i håndhevingsreformen i 2013 hensyntas ved gjennomføring av direktivet. Advokatforeningen støtter derfor departementets syn om at det ikke er nødvendig å innta noen egen bestemmelse om dette i den nye loven.»

7.6 Departementets vurderinger

Departementet viderefører forslaget fra høringsnotatet og foreslår ikke egne bestemmelser til gjennomføring av direktivet artikkel 6 og 7 nr. 1.

8 Grunnløse søksmål

8.1 Gjeldende rett

Etter domstoloven § 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 rettergangsbøt, jf. § 202 første ledd i.f. Kravet om 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 krav om forsett, og det er forutsatt i Rt. 1995 s. 1593 at uaktsom overtredelse vil være tilstrekkelig. Kravet «åpenbart uten grunn» må forstås slik at det er misbrukstilfeller som rammes av bestemmelsen. Det vil derfor ikke være tilstrekkelig at saksøkeren kunne gjort ytterligere anstrengelser for å sikre bevis eller avklare sentrale forhold i saken. Hensynet bak reglene tilsier varsomhet med bruk av bestemmelsen i saker der bevisbildet er uoversiktlig eller de rettslige spørsmålene er sammensatte, noe som ofte vil kjennetegne saker om forretningshemmeligheter.

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

En saksøker som taper søksmålet vil normalt idømmes ansvar for motpartens nødvendige sakskostnader, jf. hovedregelen om sakskostnader i tvisteloven § 20-2. 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 med-

hold i saken. For å underbygge at terskelen for ansvar må ligge høyt, viste Høyesterett til forslaget til nytt direktiv om forretningshemmeligheter og utkastet her 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 11.

8.2 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, ileggelse av sanksjoner mot saksøker eller pålegg om å offentliggjøre opplysninger om rettsavgjørelse som nevnt i artikkel 15. Slik bestemmelsen

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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». Ordlyden trekker i retning av sistnevnte tolkningsalternativ.

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

8.3 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, rettergangsbet ved unødig rettergang og adgangen til umiddelbar domsavsigelse ved åpenbart ugrunnede søksmål ivaretar kravene i artikkel 7 nr. 2, se SOU 2017:45 side 158 til 160. Det ble ikke ansett nødvendig å innføre en egen bestemmelse som ilegger saksøker et erstatningsansvar ut over erstatning for sakskostnader. Opplistingen av reaksjonsmidler i direktivet artikkel 7 nr. 2 ble vurdert som eksempler på tiltak.

Den danske gjennomføringsloven innfører heller ikke nye regler til gjennomføring av artikkel 7 nr. 2. Det legges til grunn i Folketingstidende 2017–2018 L 125 på side 9 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.

8.4 Forslaget i høringsnotatet

Det ble lagt til grunn i høringsnotatet at direktivets krav om tiltak mot åpenbart grunnløse søksmål er tilstrekkelig ivare tatt ved dagens regler om straffeansvar ved uriktig anklage, jf. straffeloven kapittel 22, reglene om rettergangsbet i domstoloven § 202, samt av det ulovfestede ansvarsgrunnlaget for misbruk av søksmålsadgangen. I høringsnotatet ble det gitt følgende begrunnelse for ikke å lovfeste et erstatningsansvar, ut over ansvaret for sakskostnader, for åpenbart grunnløse søksmål:

«Et søksmål om inngrep i forretningshemmeligheter vil kunne få betydelige konsekvenser for den saksøkte renommé og markedsposisjon. Saksøkte vil ofte, på grunn av tvistegjensstandens 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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.»

relsen best vil kunne få sin avklaring gjennom rettspraksis.»

8.5 Høringen

Advokatforeningen støtter departementets forslag:

«Advokatforeningen er enig i departementets vurdering om at direktivets krav om åpenbart grunnløse søksmål er tilstrekkelig ivaretatt ved dagens regler, herunder det ulovfestede ansvarsgrunnlaget for misbruk av søksmålsadgangen, jf. Rt. 2015 s. 385, og at de spørsmål som fremstår som uavklarte etter denne avgjø-

8.6 Departementets vurderinger

Departementet viderefører forslaget i høringsnotatet, og anser at det ikke er behov for nye bestemmelser i lov om vern av forretningshemmeligheter til gjennomføring av direktivet artikkel 7 nr. 2. Direktivets krav til sanksjonsmidler mot åpenbart grunnløse søksmål er tilstrekkelig ivaretatt ved dagens regler om straffeansvar ved uriktig anklage, jf. straffeloven kapittel 22, reglene om rettergangsbot i domstolloven § 202, samt av det ulovfestede ansvarsgrunnlaget for misbruk av søksmålsadgangen, se Rt. 2015 s. 385.

9 Frister

9.1 Gjeldende rett

Det ble redegjort slik for gjeldende rett i høringsnotatet:

«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, varemerkeloven § 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 håndhevingmidler, 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 forelding 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 forelding etter utkastets regler. Krav på unnløstelse 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.»

9.2 Direktivet artikkel 8

Forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 8 krever at medlemsstatene oppstiller frister for fremming av materielle krav og søksmål om anvendelse av «foranstaltninger, procedurer og rettsmidler» etter direktivet. Direktivet krever at medlemsstatene regulerer fristens utgangspunkt

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

og under hvilke omstendigheter det skal skje fristavbrudd, men oppstiller ingen krav til den nærmere 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, eventuelt om dette er stilt åpent.

Medlemsstatene står fritt til å fastsette fristens lengde, men den kan ikke overstige seks år, jf. artikkel 8 nr. 2. Ifølge fortalens punkt 23 bør det av rettssikkerhetshensyn oppstilles en tidsbegrensning for muligheten til å anlegge søksmål for å beskytte forretningshemmeligheter. 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 opplysningene er underkastet tiltak for å holde de hemmelige, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav c.

9.3 Regelverket i Sverige og Danmark

Sverige har gjennomført direktivet artikkel 8 i lag om företagshemmeligheter 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 tapt ved preklusjon. Fristen gjelder også for midlertidige tiltak, se Prop. 2017/18: 200 side 96. 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, mens krav om erstatning ikke er foreldet for skade som har inntrådt i løpet av de siste fem årene.

I den danske loven om forretningshemmeligheter § 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 den «ulovlige erhvervelse, bruk eller videregivelse» av forretningshemmeligheten til at innehaveren har grunnlag for å inngi begjæringen eller anlegge søksmål. Det er videre forutsatt i omtalen av bestemmelsen i Folketingstidende 2017–2018 L 125 på side 41 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. Søksmålsfristene etter § 14 omfatter ikke krav om erstatning etter § 15. Krav om erstatning som følge av inngrep i en forretningshemmelighet, behandles etter de alminnelige reglene om foreldelse i den danske foreldelsesloven. I Folketingstidende 2017–2018 L 125 side 10 vises det til at direktivet ikke sonder mellom en relativ og en absolutt frist og at det er uklart hvordan direktivbestemmelsen skal forstås:

«Af artikel 7 i det oprindelige direktivforslag fra EU-Kommissionen (KOM(2013) 813) fremgår det, at en foreldelsesfrist på mindst et og højst to år skulle løbe fra det tidspunkt, hvor klageren blev eller havde grund til at blive bekendt med det sidste forhold, der har givet anledning til retlige skridt. I direktivforslaget var der således tale om en subjektiv foreldelsesfrist, dvs. en foreldelsesfrist, som kan suspenderes og afbrydes, svarende til den almindelige foreldelsesfrist i dansk ret. Under forhandlingerne af direktivforslaget blev ordlyden af forslagens artikel 7 ændret, således at den kom til at svare til artikel 10 i forslaget til det, som senere blev direktiv 2014/104/EU om visse regler for søgsmål om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret (damagesdirektivet). Dette direktiv er gennemført i dansk ret ved lov nr. 1541 af 13. december 2016. Ændringen i ordlyden er beskrevet i rådsdokument 8461/14 af 4. april 2014. Af damagesdirektivets præambelbetragtning nr. 36 følger det, at direktivets artikel 10 er en regulering af den relative foreldelsesfrist. Uanset at der ikke i det foreliggende direktiv er taget eksplicit stilling til, hvorvidt den i artikel 8 nævnte foreldelsesfrist skal forstås som den i dansk ret «almindelige» foreldelsesfrist eller den «absolutte» foreldelsesfrist, finder Erhvervsministeriet og Justitsministeriet herefter

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

ikke, at der er holdepunkter for at antage, at den i direktivet omtalte forældelsesfrist skal forstås på anden måde end i det oprindelige forslag fra Kommissionen. Det er således Erhvervsministeriets og Justitsministeriets opfattelse, at den i direktivets artikkel 8, stk. 2, fastsatte frist, som ikke må overstige seks år, skal forstås som den almindelige, subjektive forældelsesfrist.»

9.4 Forslaget i høringsnotatet

9.4.1 Nødvendigheten av en egen fristregulering

Det ble lagt til grunn i høringsnotatet at gjeldende regler om foreldelse etter foreldelsesloven, supplert av kravet til rettslig interesse etter tvisteloven, ikke ville være tilstrekkelige til å oppfylle kravene som følger av direktivet artikkel 8. Det ble videre lagt til grunn at artikkel 8 burde gjennomføres som en materiell foreldelsesfrist, basert på følgende redegjørelse:

«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 unnlattelsesplikter 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.»

9.4.2 Fristens utgangspunkt

I høringsnotatet ble det foreslått å knytte fristens utgangspunkt til tidspunktet da innehaveren fikk eller burde ha skaffet seg kunnskap om inngrepet og inngriperen. Forslaget ble begrunnet med følgende:

«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 inne-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

haveren «under de givne omstendigheter [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 bevisstoffet er utvidet.»

9.4.3 Fristens lengde

I høringsnotatet ble det foreslått at foreldelsesfristen for krav etter loven skulle settes til tre år, med følgende begrunnelse:

«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.»

9.4.4 Spørsmål om absolutt foreldelsesfrist

I høringsnotatet ble det ikke foreslått egne bestemmelser om absolutt foreldelsesfrist. Den absolutte foreldelsesfristen i foreldelsesloven § 9 annet ledd vil imidlertid gjelde for krav på erstatning og økonomisk kompensasjon slik at disse foreldes senest 20 år etter at inngrepet opphørte, jf. foreldelsesloven § 30. Skillet mellom økonomiske krav og andre håndhevingsmidler ble begrunnet slik:

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

«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 inngrephandlinger som ligger langt tilbake i tid vil virke urimelig tyngende for inngriperen, vil den alminnelige lempingsregelen i skadeerstatningsloven § 5-2 kunne anvendes.»

9.5 Høringen

Advokatforeningen støtter forslaget om at fristen i direktivet artikkel 8 gjennomføres som en materiell foreldelsesfrist og at fristens utgangspunkt bør knyttes til tidspunktet innehaveren fikk eller burde ha skaffet seg kunnskap om inngrepet og inngriperen, etter mønster av foreldelsesloven § 9. Foreningen støtter også forslaget om at denne relative fristen bør settes til tre år som de mener vil «være tilstrekkelig tid for innehaveren til å gjøre de nødvendige undersøkelser og vurdere mulighetene for å nå frem med et søksmål». De har imidlertid enkelte merknader knyttet til omtalen av fristen i høringsnotatet og uttaler:

«I høringsnotatet punkt 8 annet avsnitt uttales at den relative fristen i forslagets § 5 vil være parallell med foreldelsesloven §§ 9 og 10. For ordens skyld bemerkes at det er uklart hvorfor det her henvises til foreldelsesloven § 10.

I forslagets § 5 benyttes ordlyden «fikk eller burde skaffet seg kunnskap», tilsvarende som i foreldelsesloven § 9. Advokatforeningen er enig i at undersøkelsesplikten, i lys av kravet til aktivitet som oppstilles for innehaveren til å skaffe seg oversikt over eventuelle inngrep, bør praktiseres relativt strengt, jf. merknadene til forslagets § 5 i høringsnotatets punkt 17. Det kan imidlertid ikke være riktig at de generelle kriteriene etter forslagets § 5 skal forstås annerledes enn de parallelle kriteriene i forel-

delsesloven § 9, slik uttalelsen på side 128 i høringsnotatet kan gi inntrykk av. Som det fremgår på side 71–72, må kunnskapskravet forstås på samme måte etter begge lovene.

Advokatforeningen vil påpeke en uklarhet i høringsnotatet når det gjelder forholdet til foreldelsesloven §§ 9 og 10. Av merknadene til forslagets § 5 i høringsnotatets punkt 17 er det angitt at foreldelsesloven §§ 9 og 10 første ledd ikke vil komme til anvendelse. I høringsnotatets punkt 8.5 er det imidlertid vist til at foreldelsesloven § 9 annet ledd vil få anvendelse. Advokatforeningen antar at det i merknadene til § 5 er ment å henvise til foreldelsesloven §§ 9 første ledd og 10 første ledd.»

Advokatforeningen viser til at forslaget ikke inneholder en absolutt foreldelsesfrist:

«Departementet har valgt ikke å foreslå noen bestemmelse om absolutt foreldelsesfrist. I høringsnotatets punkt 8.5 vises det til at den absolutte fristen i foreldelsesloven § 9 annet ledd på 20 år etter at inngrepet opphørte, vil komme til anvendelse når det gjelder krav på erstatning og økonomisk kompensasjon. For andre krav, som krav på forbud eller andre tiltak, vil det ikke gjelde noen absolutt foreldelsesfrist. I direktivets artikkel 8, som er en av de artiklene i direktivet som må etterleves, jf. direktivets artikkel 1, er det angitt at foreldelsesfristen ikke kan overstige seks år. Advokatforeningen stiller spørsmål ved om det å ikke innta noen absolutt foreldelsesfrist kan anses å være i overensstemmelse med direktivets artikkel 8. Artikkel 8 angir riktignok ikke når fristen skal begynne å løpe, men av fortalen punkt 23 fremgår at artikkel 8 er begrunnet i den aktsomhetsplikt innehavere av forretningshemmeligheten har til aktivt å bevare de verdifulle forretningshemmelighetenes fortrolighet og overvåke bruken av dem. En løsning hvor det ikke settes noen absolutt foreldelsesfrist kan derfor anses i strid med formålet med artikkel 8.»

Advokatforeningen etterlyser også en tydeligere regulering av avbrudd og utsettelse av den foreslåtte foreldelsesfristen:

«Av direktivets artikkel 8 følger også at det skal angis under hvilke omstendigheter foreldelsesfristen avbrytes eller utsettes. I høringsnotatet punkt 17, merknadene til forslagets § 5, er det angitt at bestemmelsen suppleres av de almin-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

nelige reglene om foreldelse i foreldelsesloven, og at foreldelse i samsvar med disse reglene vil avbrytes ved erkjennelse eller rettslige skritt. Advokatforeningen mener at dette, ikke minst av pedagogiske hensyn, burde fremgå direkte av bestemmelsens ordlyd, eventuelt med en henvisning til de relevante bestemmelsene i foreldelsesloven.»

Når det gjelder forslaget i høringsnotatet om å gi foreldelsesfristen anvendelse i saker om midlertidige forføyninger etter tvisteloven kapittel § 34, uttaler *Advokatforeningen*:

«I annet ledd er det foreslått å klargjøre at fristen gjelder tilsvarende for krav etter tvisteloven kapittel 34 som følge av inngrep i en forretningshemmelighet. Advokatforeningen mener ordlyden i forslaget er uheldig. Innehaveren av en forretningshemmelighet har ikke noe «krav etter tvisteloven kapittel 34 som følge av inngrep i en forretningshemmelighet». Om det skal gis midlertidig forføyning beror på en skjønnsmessig vurdering, og forutsetter videre at saksøkeren kan sannsynliggjøre et hovedkrav. Dersom hovedkravet er foreldet vil innehaveren heller ikke ha noe hovedkrav som kan danne grunnlag for en midlertidig forføyning. Advokatforeningen mener derfor at forslagets § 5 annet ledd er overflødig og uten selvstendig betydning, og heller er egnet til å skape tvil og uklarhet. Foreningen mener derfor at annet ledd bør utgå.»

9.6 Departementets vurderinger

Det har ikke kommet innvendinger under høringen mot forslaget om å gjennomføre fristen i direktivet artikkel 8 som en materiell foreldelsesfrist, eller mot at fristens utgangspunkt knyttes til det tidspunktet da innehaveren fikk eller burde ha skaffet seg kunnskap om inngrepet og inngriperen. Det samme gjelder forslaget om å sette den relative foreldelsesfristen til tre år. Departementet går inn for at disse sidene av forslaget følges opp, men har endret selv utformingen av fristreglene. For det første vil de alminnelige reglene om foreldelse av fordringer i foreldelsesloven få anvendelse på krav om vederlag og erstatning etter § 8, jf. foreldelsesloven § 1 første ledd. Departementet er kommet til at det for slike fordringer er overflødig med ytterligere regulering av foreldelse i loven om forretningshemmeligheter.

Departementet har vært i tvil om hvordan fristreglene for bruk av håndhevingsmidler bør utformes. Departementet mener at fristens utgangspunkt bør knyttes til innehaverens kunnskap, og at virkningen av at fristen oversettes er at saksøkte frifinnes, jf. omtalen i punkt 9.4.1. Fristregelen har dermed klare likehetstrekk med systemet i foreldelsesloven. Samtidig er det noe fremmed å benytte betegnelsen foreldelse om bortfall av håndhevingsmidler. Departementet har derfor endret plasseringen av fristen i forhold til høringsnotatet slik at overholdelse av fristen foreslås som et materielt vilkår for idømmelse av forbud etter § 5 fjerde ledd, eller pålegg om korrigerende og forebyggende tiltak i § 6 femte ledd.

Advokatforeningen mener det er uklart hvorfor høringsnotatet henviser til foreldelsesloven § 10 i omtalen av den foreslåtte relative foreldelsesfristen. Departementet viser til at det er de samme hensynene som ligger bak kravet om «nødvendig kunnskap» i foreldelsesloven §§ 9 nr. 1 og 10 nr. 1. Rettspraksis har også vist at domstolene ved fastleggingen av kriteriene etter den ene bestemmelsen henviser til praksis etter den andre bestemmelsen, jf. eksempelvis Rt. 2008 s. 1665.

Når det gjelder *Advokatforeningens* merknad om forholdet mellom § 5 i høringsnotatet og «de parallelle kriteriene etter foreldelsesloven § 9», er departementet enig i at bestemmelsene stiller samme krav til *hvor omfattende* kunnskap fordringshaveren må ha eller burde skaffet seg om inngrepet og inngriperen, jf. omtale på side 71 til 72 i høringsnotatet. Når det gjelder spørsmålet om *på hvilket tidspunkt* innehaveren burde skaffet seg nødvendig kunnskap, må vurderingen imidlertid ta utgangspunkt i den grunnleggende aktivitets- og undersøkelsesplikten som påligger en innehaver av en forretningshemmelighet, jf. definisjonen av begrepet i forslaget § 2 første ledd bokstav c. Departementet mener derfor at det er sterke holdepunkter for at innehaverens undersøkelsesplikt etter direktivet artikkel 8 går lenger enn det som i alminnelighet følger av foreldelsesloven § 9. Det er for øvrig riktig som *Advokatforeningen* viser til at rett henvisning i spesialmotivene til § 5 i høringsnotatet skulle ha vært til foreldelsesloven § 9 første ledd og § 10 første ledd.

Advokatforeningen har reist spørsmål om det er i strid med direktivet artikkel 8 at det ikke foreslås en absolutt foreldelsesfrist i lovforslaget for håndhevingsmidler. Foreningen viser til fortalen punkt 23 hvor det «fremgår at artikkel 8 er begrunnet i den aktsomhetsplikt innehavere av forretningshemmeligheten har til aktivt å bevare

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

de verdifulle forretningshemmelighetenes fortrolighet og overvåke bruken av dem».

Departementet kan ikke se at det kan utledes et krav om en absolutt frist av ordlyden i artikkel 8 eller av hensynene som fremheves i fortalen punkt 23. Verken den svenske eller danske gjennomføringsloven bygger på en slik forståelse. Ordlyden i bestemmelsen viser til at medlemsstatene skal fastsette regler om når fristen begynner å løpe. En absolutt frist vil normalt løpe fra tidspunktet for inngrepet opphør, uavhengig av om innehaveren hadde mulighet til å avdekke dette eller ikke.

I fortalen punkt 23 begrunnes behovet for en tidsbegrensning for anvendelse av håndhevingsmidler i hensynet til rettssikkerhet «ud fra den betragtning» at rettmessige innehavere av forretningshemmeligheter har en aktivitetsplikt. Innehaverens aktivitetsplikt har en side til når innehaveren burde fått kunnskap om inngrepet. Derimot er det vanskelig å se at henvisningen til aktivitetsplikten tilsier at fristreglene utformes slik at innehaverens håndhevingsmidler avskjæres uavhengig av hvilke muligheter innehaveren faktisk har til å avdekke inngrepet, noe som ville vært tilfellet ved innføringen av en absolutt frist.

Det er særlig der den utviste skylden er lav at innrettelseshensyn vil kunne tale for en absolutt frist. Departementet mener at disse tilfellene i stor grad vil være ivaretatt gjennom forslaget § 8 om fortsatt bruk mot rimelig vederlag, jf. direktivet artikkel 13 nr. 3. Det er et vilkår etter bestemmelsen at bruken opprinnelig må ha skjedd i god tro og at forbud og tiltak etter §§ 6 og 7 vil påføre inngriperen uforholdsmessig stor skade. Det vil være relevant for forholdsmessighetsvurderingen at bruk i god tro har pågått over lang tid forut for inngrepet.

Departementet er enig med *Advokatforeningen* i at det bør klargjøres i lovteksten når fristen avbrytes eller utsettes. Det følger nå uttrykkelig av forslaget til fristregler i § 5 fjerde ledd og § 6 femte ledd at reglene om fristavbrudd i foreldelsesloven §§ 15, 15a, 18 og 19 og reglene om virkningene av fristavbrudd i foreldelsesloven §§ 21 til 23 gjelder tilsvarende.

Departementet er enig med *Advokatforeningen* i at foreldelse av hovedkravet også vil innebære bortfall av innehaverens mulighet til å få midlertidig forføyning, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd. Det er ikke grunn til å tydeliggjøre dette i lovteksten.

10 Bevaring av konfidensialitet under rettslige prosesser

10.1 Gjeldende rett

I høringsnotatet ble det redegjort slik for 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. domstolloven § 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 side 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., Kommentartutgave til tvisteloven (2. utgave) side 891 forutsettes det at kjen-

nelse om taushetsplikt og lukkede dører er den klare hovedregelen ved pålegg om føring av bevis som inneholder forretningshemmeligheter.

Rettenes 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 domstolloven § 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 domstolloven § 199.

En særskilt taushetspliktregel for dommere og andre som utfører tjeneste eller arbeid for et dommerkontor, følger av domstolloven § 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 domstolloven § 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. domstolloven § 63a tredje ledd. Se omtale av bestemmelsen i Ot.prp. nr.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

55 (1997–98) side 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.»

10.2 Direktivet artikkel 9

I høringsnotatet ble det gitt følgende redegjørelse for 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, forbyes 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 ret-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

tergang. 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.»

10.3 Regelverket i Sverige og Danmark

I Sverige er forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 9 i hovedsak gjennomført i offentlighets- og sekretesslagen 36 kapittel 2 § og lag om foretagshemmeligheter 8 § første ledd. Etter 36 kapittel 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 8 § første ledd i lag om företagshemmeligheter vil en part eller partsrepresentant som forsettlig eller uaktsom «utnyttjar eller röjer» en forretningshemmelighet vedkommende har fått kunnskap om gjennom en beslutning fra retten, være erstatningsansvarlig for den skade som handlingen medfører. Etter bestemmelsens annet ledd gjelder det samme for personer som har fått kunnskap om en forretningshemmelighet fra en part eller partsrepresentant, og som forsettlig eller uaktsomt bruker eller formidler forretningshemmeligheten. Etter bestemmelsens tredje ledd gjelder et slikt erstatningsansvar også for personer som uaktsomt eller forsettlig bruker eller formidler en forretningshemmelighet som vedkommende har fått tilgang til under en rettsforhandling 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 gjennom offentlig tjenesteforhold eller verv i forbindelse med rettssak om inngrep i forretningshemmeligheter er blitt kjent med opplysninger som retten har identifisert som forretningshemmeligheter, dømmes til fengsel i inntil 6 måneder ved uberettiget bruk eller formidling av forretningshemmeligheten, jf. straffeloven §§ 152 til 152 f. Etter § 6 annet ledd gjelder straffeansvaret tilsvarende for advokater og ansatte ved advokatkontorer. Etter tredje ledd kan samme overtredelse straffes med bøter når den er foretatt av personer utenfor personkretsen omfattet av første og annet ledd.

Straffeansvaret etter samtlige ledd opphører 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.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Domstolene kan begrense adgangen til rettsmøter og rettsdokumenter etter retsplejelovens kapittel 2, kapittel 3 a og § 339. Det presiseres i § 7 at i saker om inngrep i forretningshemmeligheter skal retten 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.

10.4 Forslaget i høringsnotatet

10.4.1 Generell regulering av forretningshemmeligheter i prosesslovgivningen

Høringsnotatet la opp til en rekke mindre endringer i tvisteloven § 22-12 som vil gjelde generelt der bevis som inneholder forretningshemmeligheter føres. Forslaget gikk dermed noe lenger enn det som kreves etter artikkel 9, som er begrenset til rettslige prosesser om inngrep i forretningshemmeligheter. Det ble lagt til grunn at innehavere av forretningshemmeligheter også i andre saker enn inngrepssaker vil kunne ha et beskyttelsesbehov når det gis tilgang til hemmelighetene.

10.4.2 Forbud mot formidling

I høringsnotatet ble det foreslått et nytt tredje ledd i tvisteloven § 22-12 som skulle klargjøre at det skal gis pålegg om taushetsplikt og lukkede dører i saker der det føres bevis som inneholder forretningshemmeligheter, jf. tvisteloven § 22-10. Det ble gitt følgende redegjørelse for forslaget:

«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 forut-

setter 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.

Tvisteloven § 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 avvises 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.»

10.4.3 Forbud mot bruk

I høringsnotatet ble det foreslått et nytt tredje ledd i tvisteloven § 22-12 om at taushetsplikt i saker om forretningshemmeligheter også innebærer et forbud mot bruk av den aktuelle forretningshemmeligheten. Forslaget ble begrunnet slik i høringsnotatet:

«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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 domstolloven § 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 annet 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, ville

bruksforbudet ikke gjelde denne, jf. omtale av tilsvarende problemstilling i punkt 10.4.2.

10.4.4 Forbudets varighet og opphør

I høringsnotatet ble det foreslått et nytt fjerde ledd i tvisteloven § 22-12 om varigheten av ilagt taushetsplikt og bruksforbud. Bestemmelsen innebærer en ordlydsnær gjennomføring av direktivet artikkel 9 nr. 1 annet ledd, og forslaget ble omtalt slik i høringsnotatet:

«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.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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.»

10.4.5 Begrensning av personkrets

I høringsnotatet ble det foreslått et nytt tredje ledd i tvisteloven § 22-12 som gir retten en adgang til å begrense antallet rettslige medhjelpere og sakkyndige vitner som partene kan benytte i saker om inngrep i forretningshemmeligheter. Det ble gitt følgende redegjørelse for forslaget:

«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 rettferdig 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 rettstvist. 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 rettferdig 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.»

10.4.6 Endringer i straffeprosessloven § 124

I høringsnotatet ble det foreslått endringer i straffeprosessloven § 124 som tilsvarer 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.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

10.5 Høringen

NRK er kritiske til forslaget om at føring av bevis som kan avsløre forretningshemmeligheter etter pålegg fra retten, skal skje bak lukkede dører.

NRK viser til det grunnleggende prinsippet om offentlighet ved domstolene som blant annet kan utledes av Grunnloven § 100 femte ledd og EMK artikkel 6 nr. 1, og uttaler at domstolene:

«må være tilbakeholdne med å utestenge mediene når den behandler bevis av betydning for saken, noe som vil være tilfelle hvis det er tale om redegjørelse for kunnskap om forretningshemmeligheter i inngrepssaker, i varslersaker mv. I stedet for å lukke dørene vil det være tilstrekkelig at mediene gis referatforbud for de aktuelle opplysningene, alternativt pålegges taushetsplikt.

Det er således ingen grunn til å innføre generelle regler som også forhindrer mediene fra å være tilstede i disse sakene, slik de foreslåtte endringene i straffeprosessloven § 124 og tvisteloven § 22-12 kan forstås. Departementet foretar heller ingen drøftelse av forslagets betydning for mediens mulighet til å dekke slike rettssaker, og den innskrenkning av offentlighetsprinsippet som dette medfører.

Også etter dagens regler foretas det en begrensning av personkretsen som kan være til stede under rettssaker der forretningshemmeligheter behandles. Dette gjøres ved at det i stor grad benyttes lukkede dører og pålegg om taushetsplikt/eventuelt referatforbud for pressen i medhold av straffeprosessloven § 124 og tvisteloven § 22-12. Dette bør være tilstrekkelig for å ivareta hensynet til innehavere av forretningshemmelighetene og deres behov for vern.

NRK er på denne bakgrunn svært bekymret for at forslaget til endringer i straffeprosessloven § 124 og tvisteloven § 22-12 vil innsnevre offentlighetsprinsippet. Lovendringene kan tolkes slik at mediene i større grad vil bli utelukket fra å delta i rettsmøtene enn det som følger av gjeldende rett og praksis i dag.

NRK understreker på denne bakgrunn at det er av stor betydning at forslaget justeres slik at de ikke begrenser mediens rett til å være tilstede under domstolsprosesser ut over det som er gjeldende rett i dag. Alternativt må det fremgå klart av forarbeidene til bestemmelsene at mediens rett til å være til stede under rettsforhandlingene ikke endres.»

Norsk Presseforbund, Norsk redaktørforening og Norsk journalistlag har gitt uttrykk for flere av de samme betenkelighetene som NRK, og uttaler:

«Sånn vi leser direktivet skal man verne om forretningshemmeligheter og ha et system som beskytter disse, men man er ikke forpliktet til å redusere antall tilstedeværende i så stor grad som forslaget legger opp til. Det går dermed lenger enn direktivet krever.

Videre er det uheldig at man ikke knytter dette opp mot mediens mulighet til å være tilstede.

Prinsippet om offentlighet i rettspleien er nedfelt i domstolsloven § 124. Dette er et grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp, jf. blant annet Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 1 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 1. Formålet med dette prinsipp er blant annet å sikre offentlig kontroll med og mulighet for kritikk av rettergangen, jfr. Rt-2007-521 avsnitt 12.

I forarbeidene til domstolloven er det uttalt at retten i utgangspunktet ikke skal treffe avgjørelse om lukkede dører etter § 125 dersom den finner at det som kan gjøre lukkede dører ønskelig, effektivt vil kunne oppnås ved referatforbud, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–98). I mange saker får mediene være tilstede selv om dørene er lukket, noen ganger med referatforbud eller taushetsplikt.

I lagmannsretten kjennelse av 14.11.2018 i sak nr. 18-169787SAK-ELAG s.3 (Jemtlandsaken), om vitneforklaringer fra barn i en straffesak mot barnets far, står det blant annet følgende om unntakene til offentlighetsprinsippet:

«Disse unntakshjemlene må imidlertid anvendes med tilbakeholdenhet, og de prinsipielle hensyn som lovens hovedregler bygger på må alltid tas i betraktning: Offentlighet bidrar til økt rettsikkerhet gjennom offentlig kontroll med og mulighet for kritikk av rettergangen, i tillegg til at allmennhetens og partenes tillit til domstolene styrkes.»

Selv om dette gjaldte helt andre hensyn enn det vi her står overfor, må uttalelsen utvilsomt være relevant i tolkningen av hva som skal være terskelen for lukking av dører.

Det er oppsiktsvekkende at mediens rolle i rettssaker ikke er nevnt i denne forbindelse.

Mediene er som sagt en rettssikkerhetsgaranti, og man bør forsøke å tilrettelegge for mest mulig åpenhet under en rettssak. Lovfor-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

slaget burde derfor vurdert om det fantes andre, mindre inngripende tiltak, som burde vært vurdert og nedfelt i forslaget. Det er for eksempel svært vanlig at mediene får være tilstede i alvorlige sedelighetssaker, fengslingsmøter, saker der barn er tiltalt eller offer, med helt eller delvis referatforbud. Dette burde fint la seg gjøre i denne type saker også.

Dette vil også være i tråd med direktivet som krever at begrensninger må veies opp mot hva som er «nødvendig for å sikre partene rettferdig rettergang» ([antallet] skal ikke være større enn det som er nødvendig for å sikre partenes rett til effektiv klageadgang og til rettferdig rettergang).

Det er også en naturlig følge av at direktivet ikke skal gripe inn i retten til ytrings- og informasjonsfrihet, jf. det vi har sagt over om dette.

På denne bakgrunn mener vi det er nødvendig at det, sammen med den lovendringen vi foreslår for virkeområde, tydeliggjøres i forarbeidene at mediene bør få muligheten til å være tilstede under rettsforhandlinger, og at denne bestemmelsen ikke er ment å endre gjeldende rett på dette området. Her bør man konkretisere hvordan en dommer kan og skal vurdere mindre inngripende tiltak enn utestengelse.»

Advokatforeningen uttaler at de i all hovedsak er enige i departementets merknader i høringsforslaget og forslag til lovendringer vedrørende bevaring av konfidensialitet i forbindelse med rettslige prosesser. De støtter videre at reglene også skal ha anvendelse utover saker som gjelder inngrep i forretningshemmeligheter.

Advokatforeningen understreker at domstolene bør utvise stor grad av varsomhet med å begrense partenes adgang til å benytte rettslige medhjelpere etter tvisteloven § 3-7 og sakkyndige vitner etter § 25-6:

«Selv om retten kan nedjustere krav om sakskostnader hvor slik ressursbruk ikke anses som rimelig og nødvendig, er det en vesensforskjell på det og å begrense partenes adgang til å la seg bistå av rettslige medhjelpere og sakkyndige vitner. En slik beslutning vil dessuten foretas på et tidspunkt da retten ikke har fått saken fullstendig presentert for seg gjennom hovedforhandling eller annet rettsmøte og derfor heller ikke har full oversikt over betydningen av det enkelte bevis og betydningen for saken, herunder sakens kompleksitet. Dette vil være viktige hensyn for å avgjøre hvilket omfang av rettslige medhjelpere og sakkyndige vitner det er «nødvendig» å ha tilstede.

Det forutsettes i departementets merknader at adgangen til å begrense personkretsen brukes med forsiktighet. I forslaget til nytt tredje ledd i tvisteloven § 22-12 fremgår det at retten kan begrense adgangen til å benytte rettslige medhjelpere eller sakkyndige vitner, til det retten anser som nødvendig.

Begrepet «nødvendig» er tilsvarende det som benyttes i tvisteloven § 20-5 om utmåling av erstatning for sakskostnader. Vurderingen av «nødvendig» etter § 22-12 nytt tredje ledd er en annen. Selv om det kan anses å fremgå av sammenhengen, mener Advokatforeningen at det med fordel kan fremgå direkte av nytt tredje ledd i § 22-12 at formålet med å begrense antallet rettslige medhjelpere og sakkyndige vitner, er å ivareta forretningshemmelighetene i saken.

På denne bakgrunn foreslår Advokatforeningen at nytt tredje ledd i tvisteloven § 22-12 utformes slik:

«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 i særlige tilfeller begrense partenes adgang til å benytte rettslige medhjelpere etter § 3-7 og sakkyndige vitner etter § 25-6, til det retten anser nødvendig for å ivareta forretningshemmelighetene som kan utledes av bevis i saken.»

Med disse tilleggene støtter Advokatforeningen departementets forslag til endringer i tvisteloven §§ 22-10 og 22-12 og straffeprosessloven § 124.»

10.6 Departementets vurderinger

Departementet er enig i den grunnleggende betydningen av offentlighet i rettspleien som fremheves i høringsuttalelsene fra *NRK*, *Norsk Presseforbund*, *Norsk redaktørforening* og *Norsk journalistlag*, og i den sentrale rollen media har i å ivareta hensynene som ligger bak prinsippet om offentlig saksbehandling. Prinsippet er uttrykkelig fastslått i Grl. § 95, Grl. § 100 femte ledd og EMK artikkel 6 nr. 1. Det følger videre uttrykkelig av domstoloven § 124 første ledd at rettsmøter er offentlige og forhandlingene og rettsavgjørelser kan gjengis offentlig, hvis ikke annet er bestemt i lov eller av retten i medhold av lov. Som bestem-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

melsen viser gjelder prinsippet om offentlighet ikke uavkortet og begrensinger kan begrunnes i andre tungtveiende hensyn. Enkelte hensyn er kommet til uttrykk i bestemmelsene om lukkede dører i domstoloven §§ 125 flg. Reglene om bevisfritak for drifts- og forretningshemmeligheter i tvisteloven § 22-12, jf. § 22-10, og straffeprosessloven § 124 er på tilsvarende måte uttrykk for en avveining av hensyn. Det følger av tvisteloven § 22-12 første ledd at retten plikter å avsi kjennelse om taushetsplikt og at bevisføringen skjer for lukkede dører, når bevis som kan avsløre drifts- eller forretningshemmeligheter føres med innehavers samtykke, hvis ikke «samtykket bestemmer noe annet». Føres bevis etter pålegg fra retten, jf. § 22-12 annet ledd, kan retten bestemme at det skal avsies kjennelse om taushetsplikt og lukkede dører.

Direktivet krever at det i rettslige prosesser om inngrep i forretningshemmeligheter innføres taushetsplikt og bruksforbud for personer som får tilgang til hemmeligheten. Derimot kreves det bare at domstolene har mulighet etter nasjonal rett til å lukke dørene når det føres bevis om forretningshemmeligheten i inngrepsaker. Utgangspunktet i straffeprosessloven og tvisteloven synes å være at der retten avsier kjennelse om taushetsplikt, vil bevisføringen også skje for lukkede dører. I høringsnotatet foreslo derfor departementet at retten plikter å avsi kjennelse om taushetsplikt og lukkede dører når det føres bevis om en forretningshemmelighet etter pålegg fra retten. Det følger trolig alt av gjeldende rett at kjennelse om taushetsplikt og lukkede dører vil være den klare hovedregel der det besluttes ført bevis som kan avsløre en drifts- eller forretningshemmeligheter, se Schei mfl., Kommentaarutgave til tvisteloven (2. utgave) side 891. Retten kan kun pålegge forklaringsplikt om drifts- og forretningshemmeligheter når det anses «påkrevet» at slike opplysninger legges frem. I vurderingen skal retten blant annet legge vekt på hvilke skadevirkninger det vil kunne ha hvis vitnet pålegges å legge frem opplysningene, og hvorvidt skadevirkningene kan reduseres ved at beviset føres for lukkede dører og under pålegg om taushetsplikt, se Skoghøy, *Tvisteløsning* (3. utgave) side 812 flg. At det avsies slik kjennelse vil ofte inngå som en forutsetning for at retten pålegger at beviset føres. I tråd med dette innebærer forslaget i høringsnotatet derfor en svært begrenset endring i forhold til gjeldende rett. Departementet har likevel kommet til at det fortsatt bør være opp til retten å vurdere hvorvidt beviset skal føres for lukkede dører, men at det innføres et absolutt krav om at retten pålegger

taushetsplikt ved pålegg om å føre bevis om forretningshemmeligheter. Departementet har sett hen til hvordan direktivbestemmelsen er gjennomført i Sverige og Danmark, og er enige med høringsinstansene nevnt over i at utgangspunktet om offentlighet best ivaretas med en slik løsning. Departementet deler derimot ikke *NRKs* oppfatning om at det normalt vil være tilstrekkelig med referatforbud og taushetsplikt. Bevisføring for åpne dører innebærer at en ubegrenset krets med personer i prinsippet kan få tilgang til forretningshemmeligheten, og vil svekke mulighetene for en effektiv håndheving av taushetsplikten. Det vil bare helt unntaksvis være aktuelt å pålegge at det føres bevis om en forretningshemmelighet uten at retten samtidig treffer kjennelse om lukkede dører. Departementet viser til at retten i alle tilfelle kan gi pressen adgang til å følge saken «hvis særlige grunde taler for det», jf. domstoloven § 127.

Som enkelte av høringsinstansene påpeker, er det riktig at direktivet kun stiller krav om taushetsplikt og mulighet for lukkede dører i saker som gjelder inngrep i forretningshemmeligheter. Departementet kan ikke se at det er grunn til å begrense regelen til inngrepsaker og mener at hensynet bak reglene om bevisfritak tilsier at krav om taushetsplikt bør gjelde generelt ved føring av forretningshemmeligheter.

Når det gjelder gjennomføringen av kravene i direktivet artikkel 9 nr. 2 tredje ledd ble det i høringsnotatet uttrykt usikkerhet om disse var tilstrekkelig ivaretatt i dagens prosesslovgivning, og det ble inntatt et forslag om å gi domstolene adgang til å begrense antallet partsmedhjelpere i saker hvor det føres beviser som kan avsløre en forretningshemmelighet. Departementet er enig med Advokatforeningen i at ordlyden i forslaget ikke klart får frem at bestemmelsen er en snever unntaksadgang. Departementet har sett hen til hvordan bestemmelsen er gjennomført i svensk og dansk rett og har kommet til at det under gjeldende rett på de fleste punkter finnes muligheter til å ivareta kravene i direktivet. Som nevnt under punkt 10.1 vil retten kunne bestemme at bevis om forretningshemmeligheter skal føres for lukkede dører, jf. også forslaget til endring i tvisteloven § 22-12. Det følger videre av reglene i tvisteloven § 2-3 første ledd at upersonlige rettssubjekter bare kan la seg representere ved én stedfortreder. Når det gjelder sakkyndige vitner som kan følge forhandlingene i sin helhet etter tvisteloven § 25-6, vil retten kunne begrense antallet personer i medhold av de alminnelige reglene om avskjæring av bevis i tvisteloven §§ 21-7 og 21-8. Etter tvistelo-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

ven § 3-1 annet ledd har parten rett til å la seg representere av én prosessfullmektig. En tilsvarende begrensning følger ikke av reglene om rettslige medhjelpere i tvisteloven § 3-7. Departementet mener at det er nødvendig av hensyn til korrekt direktivgjennomføring å innføre en adgang for retten til å begrense antallet rettslige

medhjelpere i saker der det føres bevis som omfattet av tvisteloven § 22-10. Formålet med bestemmelsen er å ramme situasjoner hvor partens bruk av rettslige medhjelpere klart overstiger det som må anses nødvendig for ivaretagelse av partens interesser. Det antas at det kun helt unntaksvis vil være grunn til å benytte adgangen.

11 Midlertidig forføyning

11.1 Gjeldende rett

I høringsnotatet ble det gitt følgende redegjørelse for 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 besluttes 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 saksøktets 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 saksøktets 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 saksøktets 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 besluttes 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 besluttes eller ikke vil bero på et konkret skjønn, og forføyning kan uansett ikke

besluttes 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 saksøktets 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 besluttes 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 søksmåls former. At vilkårene for å gi tillatelse

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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.

Tvisteloven § 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 tapposter. 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 tvangsfullbyrdsloven § 3-5) i Ot.prp. nr. 65 (1990–91) Om lov om tvangsfullbyrdsing og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdsingsloven). 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 erstat-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

ningsansvaret 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 tvangsfullbyrdsloven § 3-5) i Ot.prp. nr. 65 (1990–91) Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven):

«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.»»

11.2 Direktivet artikkel 10 og 11

I høringsnotatet ble det gitt følgende redegjørelse for 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 inngreps-sak. 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 ileg-

ges 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 betraktes 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), offentlighe-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

tens 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 unnlattelse 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.»

11.3 Regelverket i Sverige og Danmark

Etter lag om företagshemligheter 14 § 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. Gjelder inngrepet bruk av en forretningshemmelighet, kan retten avslå begjæringen dersom saksøkte stiller sikkerhet for sitt eventuelle erstatningsansvar overfor innehaveren

av forretningshemmeligheten, og bruken ikke fører til at hemmeligheten avsløres. På tilsvarende vilkår kan også en tidligere avgjørelse om «interimistiske vitesforbud» oppheves. Etter 16 § kommer bestemmelsene i rättegångsbalken 15 kapittel 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 «interimistiske vitesforbud» reguleres av utsökningsbalken 3 kapittel 22 §. Bestemmelsen oppstiller et objektivt ansvar for tap som saksøkte er påført ved beslutningen, når beslutningen senere bortfaller som følge av en handling eller unnlattelse hos saksøkeren, eller fordi det ikke forelå grunnlag for beslutningen, jf. Prop. 2017/18:200 med henvisning til saken 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. 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 tredje ledd inneholder momenter som skal vektlegges ved vurderingen av om det skal besluttes forbud eller påbud etter første ledd. Retten kan helt eller delvis oppheve en midlertidig beslutning når opplysningene som dannet grunnlaget for beslutningen ikke lenger utgjør en forretningshemmelighet, og dette ikke skyldes forhold på saksøkerens side, jf. § 8 fjerde ledd. Etter bestemmelsen får opphevelsesgrunnen i retsplejeloven § 426 annet ledd nr. 2 og 3 og tredje ledd tilsvarende anvendelse. Retsplejeloven § 426 annet ledd nr. 3 viser til oversittelse av fristen for å anlegge sak etter § 425. Etter § 8 femte ledd kan retten som alternativ til midlertidig forbud eller påbud, gi saksøkte rett til fortsatt bruk av forretningshemmeligheten forutsatt at det stilles sikkerhet for et eventuelt erstatningsansvar. Retten kan også treffe avgjørelse om utlevering av varer som utgjør inngrep i forretningshemmeligheten, der det er «bestemte grunde» for å tro at disse vil bli brukt for å overtre et forbud eller påbud etter § 8 første ledd.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Gjennomføringen av midlertidige avgjørelser om forbud og påbud reguleres nærmere i § 9 annet ledd, § 10 og § 11.

Saksøkers erstatningsplikt ved midlertidige avgjørelser om forbud og påbud følger av rettsplejelovens § 428. Hvis saksøker har oppnådd et midlertidig forbud eller påbud for en rettighet som viser seg å ikke bestå, skal saksøker «betale modparten erstatning for tab og godtgørelse for tort», jf. § 428 første ledd. 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 bestemmelsens tredje ledd er saksøkeren også erstatningsansvarlig etter en culperegulering 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. Bestemmelsen gjelder ikke for skade på tredjemann og i lov om forretningshemmeligheter § 11 er det inntatt en regel om at erstatningsreglene i rettsplejeloven § 428 får tilsvarende anvendelse i forhold til tredjemenn «som har lidt skade i forbindelse med forbud eller påbud».

11.4 Forslaget i høringsnotatet

Det ble lagt til grunn i høringsnotatet at tvistelovens regler om midlertidig forføyning i det vesentlige tilfredsstillende kravene i direktivet artikkel 10 og 11. Det ble derfor kun foreslått en ny § 34-8 i tvisteloven om plikt for domstolene til å fastsette en frist for søksmål om hovedkravet i saker der det gis midlertidig forføyning på grunnlag av inngrep i en forretningshemmelighet. Det ble i høringsnotatet gitt følgende redegjørelse for forslagene:

«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 tvangsfyllbyrding 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 fortale. 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. Vilklårene 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 vur-

deringen 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 vilklårene 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 forføyningen blir besluttet. 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 tilstrekke-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

lig 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 avses 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 tilfredsstillende 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 saksøktets omdømme og markedsposisjon, og den vil være basert på en ufullstendig vurdering av det som ofte er kompliserte faktiske og rettslige spørsmål. Sak-

søkte 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.

Saksøktets 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.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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.

Tvisteloven 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 unnlattelse 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.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Det som er sagt over, forutsetter at saksøktas 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 saksøktas 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 begrensning 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.»

11.5 Høringen

Advokatforeningen er enig med departementet i at artikkel 10 og 11 direktivet i hovedsak samsvarer med tvistelovens bestemmelser om midlertidig forføyning, og slutter seg i det vesentlige til forslagene i høringsnotatet. Foreningen uttaler videre:

«Advokatforeningen vil påpeke en uklarhet i høringsnotatet side 90 første avsnitt, hvor det synes å åpnes for at retten i saker om midlertidig forføyning kan gi saksøkte (inngriperen) rett til å utnytte en midlertidig forføyning mot vederlag. Advokatforeningen kan ikke se at tvisteloven åpner for dette, ei heller at direktivet pålegger medlemsstatene å ha en slik regel. Derimot har tvisteloven § 34-3 (2) siste punktum en regel om at saksøkte kan gis rett til å avverge ikrafttredelse og gjennomføring av forføyningen mot å stille sikkerhet. Denne regelen er tilstrekkelig til å oppfylle forpliktelsen etter direktivets artikkel 10 nr. 2 første punktum. Bestemmelsen i artikkel 10 nr. 2 annet punktum innsnevrer imidlertid, som departementet påpeker, rettens adgang til å tillate sikkerhetsstillelse etter § 34-3 (2) siste punktum. Det bør etter Advokatforeningens mening innføres en eksplisitt unntaksregel i samsvar med direktivets artikkel 10 nr. 2 annet punktum, for å klargjøre dette. Regelen kan plasseres i den foreslåtte § 34-8.

Direktivets artikkel 11 nr. 4 inneholder en regel om at retten kan sette som vilkår for en midlertidig forføyning at saksøkeren stiller sikkerhet for «erstatning for eventuelle skade som påføres saksøkte og eventuelt andre personer som berøres av tiltakene». På side 93 i høringsnotatet antas det at en tredjepart som berøres av en eventuell forføyning, kan tre inn i saken som saksøkt etter tvisteloven § 15-3, for å fremme krav om sikkerhetsstillelse etter § 34-2 første ledd siste punktum, jf. § 32-11. Etter Advokatforeningens syn kan dette ikke være riktig som alminnelig regel. En tredjepart som trer inn etter tvisteloven § 15-3, får ikke uten videre stilling som saksøkt i forføyningssaken, og kan dermed ikke kreve erstatning etter § 32-11. For at en tredjepart skal kunne kreve stilling som medpart på saksøktesiden, må det iallfall kreves at saksøkeren har et noenlunde tilsvarende krav overfor tredjepart. Det kan ikke være nok at tredjepart «berøres av tiltakene». Selv hvor saksøkeren har et noenlunde tilsvarende krav overfor tredjepart, synes det imidlertid tvilsomt om denne tredjepart, som saksøkeren ikke har rettet forføyningskrav mot, skal kunne velge å tre inn som medpart på saksøktesiden, med den virkning at saksøkeren påføres et objektivt ansvar overfor vedkommende etter regelen i tvisteloven § 32-11. Et eventuelt ansvar for saksøkeren overfor tredjepart, må i stedet normalt baseres på alminnelige erstatningsregler. Advokatfore-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

ningen antar mot denne bakgrunn at regelen om sikkerhetsstillelse i § 34-2 første ledd siste punktum ikke fullt ut oppfyller kravet i direktivets artikkel 11 nr. 4, og foreslår derfor at det i § 34-8 inntas en bestemmelse om sikkerhetsstillelse for det tap tredjepart kan bli påført som følge av forføyningen.

Advokatforeningen er enig i at det må kunne legges til grunn at reglene i tvisteloven § 32-11 om saksøkerens erstatningsansvar ved opphevelse eller bortfall av midlertidig forføyning, oppfyller kravene i direktivets artikkel 11 nr. 5.»

11.6 Departementets vurderinger

Departementet er enig med *Advokatforeningen* i at henvisningen til Prop. 81 L (2012–2013) og den etterfølgende omtalen er uklar. Departementet er videre enig i at det er en vesensforskjell på hvorvidt det er adgang til å gi en midlertidige forføyning som gir saksøkte rett til fortsatt bruk mot rimelig vederlag, jf. forslaget § 7 og direktivet artikkel 13 nr. 3, og at saksøkte gis rett til å avverge ikrafttredelse og gjennomføring av forføyningen mot å stille sikkerhet.

Det følger av ordlyden i direktivet artikkel 10 nr. 2 at sikkerhetsstillelse skal være en betingelse for «fortsat påstået ulovlig brug af en forretningshemmelighed». Den alminnelige virkningen av sikkerhetsstillelse etter tvisteloven § 34-3 annet ledd siste punktum er at ikrafttredelsen og gjennomføringen av forføyningen blir avverget. Ikrafttredelsen blir suspendert fra det tidspunktet sikkerheten er stilt, og saksøkte har fra samme tidspunkt ingen plikt til å etterleve forføyningen. Departementet mener at denne regelen er tilstrekkelig til å ivareta kravene i direktivet artikkel 10 nr. 2.

Departementet har også vurdert *Advokatforeningens* forslag om å innta en bestemmelse i lovforslaget som klargjør at saksøkte ikke kan avverge ikrafttredelsen av deler av en midlertidig forføyning som gjelder forbud mot formidling ved å stille sikkerhet for erstatning, jf. direktivet artikkel 10 nr. 2 siste punktum. Departementet er enig i at det er grunn til å innta en egen bestemmelse som klargjør denne begrensningen og har foreslått at en slik regel inntas i forslaget til § 34-8 annet ledd.

Når det gjelder direktivet artikkel 11 nr. 5 og kravet om erstatning for uberettiget forføyning, har departementet i høringsnotatet lagt til grunn at direktivets krav i all hovedsak er oppfylt ved

tvisteloven § 32-11. Bestemmelsen omfatter kun erstatning til saksøkte, mens direktivbestemmelsen viser til at også skadelidende tredjepersoner har krav på passende erstatning. Direktivet gir ingen nærmere veiledning om hvilke tredjepersoner som er ment dekket. Etter artikkel 11 nr. 4 skal retten ha mulighet til å pålegge saksøker å stille tilstrekkelig sikkerhet for «eventuel kompensasjon af den skade, der påføres sagsøgte eller i givet fald en anden person, som påvirkes af foranstaltningerne». I forarbeidene til den svenske gjennomføringsloven vises det i Prop. 2017/18:200 på s. 85 til at det er uklart hva bestemmelsen er ment å dekke og at «[d]et är en grundläggande skadeståndsrättslig princip enligt svensk rätt att s.k. tredjemansskador inte ersätts. Från hovudregeln görs visse undantag[...]Det är alltså inte uteslutet att en tredje man tillerkänns ersättning för sina skador. Avgörande torde vara hur starkt orsakssambandet är mellan den skadegörande handlingen och tredjemansskadan. Skadestånd til tredje man blir dock aktuellt endast undantagsvis. En sådan ordning får anses vara förenlig med direktivet.»

Departementet har på samme måte lagt til grunn at det kun unntaksvis vil være aktuelt med et erstatningsansvar for skader hos en tredjeperson. Det samme må gjelde muligheten for å kreve sikkerhetsstillelse for et eventuelt erstatningskrav. Departementet mener at muligheten berørte tredjepersoner har til å tre inn i en pågående forføyningssak etter tvisteloven § 15-3, vil være tilstrekkelig til å ivareta direktivets krav. Ved slik inntreden vil tvisteloven § 32-11 gjelde også for disse. *Advokatforeningen* uttaler at slik inntreden forutsetter at «saksøkeren har et noenlunde tilsvarende krav overfor tredjepart» og videre at det er tvilsomt om en «tredjepart, som saksøkeren ikke har rettet forføyningskrav mot, skal kunne velge å tre inn som medpart på saksøktet siden, med den virkning at saksøkeren påføres et objektivt ansvar overfor vedkommende etter regelen i tvisteloven § 32-11». Departementet er enig i at det i praksis kun unntaksvis vil være aktuelt med slik inntreden. Ordlyden i § 15-3 krever likevel bare at kravet som fremmes «har så nær sammenheng med det opprinnelige kravet at det bør behandles i saken». Bestemmelsen åpner for kumulasjon der dette fremstår som hensiktsmessig blant annet ut fra prosessøkonomiske hensyn, jf. NOU 2001: 32 B side 817. Både hensynet til saksøker og hensynet til sakens opplysning tilsier at sikkerhetsstillelse for tredjepersoners tap ikke bør tilkjennes i tilfeller der de berørte tredjepersonene ikke selv har vært involvert i forføyningssaken som part,

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

og ført bevis for sine angivelige tap som følge av en midlertidig forføyning. Departementet opprettholder derfor forslaget i høringsnotatet, og det foreslås ikke inntatt noen egen regel som gir dom-

stolene adgang til å pålegge saksøker å stille sikkerhet for et mulig erstatningsansvar overfor tredjepersoner, uten at disse trer inn i saken, jf. tvisteloven § 32-2, jf. § 15-3.

12 Håndhevingsmidler

12.1 Gjeldende rett

Det ble i høringsnotatet gitt følgende redegjørelse for 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. Rettskraftvirkningene 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 tidsbegrenset 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 produktetterliknin-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

ger, og at dette kunne resultere i et eventuelt lovgivningsinitiativ som ville være egnet til senere oppfølging.»

12.2 Direktivet artikkel 12 og 13

Det ble i høringsnotatet gjort slik rede for 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 fratrar 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 fore-

ligger 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 fremstilt begjæring om dette og følgende vilkår er oppfylt: For det første kreves det at inngriperen på tidspunktet for den opprinnelige bruken eller formidlingen av forretningshemmelighe-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

ten 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.»

12.3 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 saksoekte 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 håndhevingsmidler 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 til 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 regulert i kapittel 5 i lov om forretningshemmeligheter. Bestemmelsene i kapitlet innebærer en relativt ordlydsnær gjennomføring av direktivet artikkel 12 og 13. Domstolens adgang til å pålegge opphør av og forbud mot inngrep fremgår av § 12 første ledd nr. 1 og nr. 2, mens de øvrige korrigerende og forebyggende tiltakene er gjennomført i § 12 første ledd nr. 3 til 6. Vurderingsmomentene i direktivet artikkel 13 nr. 1 første ledd er inntatt 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 gjennomført i § 12 fjerde ledd. Adgangen til å avsi dom om fortsatt bruk av forretningshemmeligheter mot vederlag er gjennomført i § 13 i en bestemmelse som er innholdsmessig identisk med direktivet artikkel 13 nr. 3.

12.4 Forslaget i høringsnotatet

12.4.1 Generelle utgangspunkter

Det ble lagt til grunn i høringsnotatet at kravene i direktivet artikkel 12 og 13 gjør det nødvendig å innføre mer detaljerte bestemmelser om hvilke håndhevingsmidler 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 plante-foredlerloven 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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.»

12.4.2 Forbudsdom

I samsvar med vurderingene i Prop. 81 L (2012–2013) ble det i høringsnotatet foreslått en egen bestemmelse om adgangen til å gi forbudsdom mot pågående og fremtidige inngrepshandlinger, til gjennomføring av direktivet artikkel 12 nr. 1 bokstav a og b. I høringsnotatet ble forslaget omtalt slik:

«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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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.»

12.4.3 Korrigerende og forebyggende tiltak

I høringsnotatet ble det foreslått at artikkel 12 nr. 1 bokstav c og d, samt artikkel 12 nr. 2, gjennomføres i en egen bestemmelse om tiltak domstolen kan pålegge for å avbøte virkningene av foretatte inngrep eller for å hindre nye inngrep. Det ble gitt følgende redegjørelse for forslaget:

«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 tilbake-

kallelse 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 besluttes når det har skjedd et inngrep.

I alle lovene foreslås det presisert at tiltak bare kan besluttes 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 fratras 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.»

12.4.4 Bortfall av forbud og pålegg om tiltak

I høringsnotatet ble bortfall av forbud og pålegg om tiltak omtalt på følgende måte:

«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.»

12.4.5 Fortsatt bruk mot rimelig vederlag

I høringsnotatet ble det lagt til grunn at det etter gjeldende rett ikke finnes noen adgang for domstolene til å avsi dom om fortsatt bruk av forretningshemmeligheten mot godtgjørelse som alternativ til andre tiltak. Det ble derfor foreslått inntatt en slik adgang i § 8 i høringsforslaget om tillatelse til fortsatt bruk mot rimelig vederlag når saksøkte begjærer dette og de øvrige vilkårene i direktivet artikkel 13 nr. 3 er oppfylt. Liknende bestemmelser finnes alt i patentloven § 59 a, kretsmønsterloven § 7, planteforedlerloven § 24 a og designloven § 41 a. Forslaget til den nye bestemmelsen tok utgangspunkt i disse lovbestemmelsene.

12.5 Høringen

Professor Irgens-Jensen støtter forslagene i høringsnotatet om håndhevingsmidler, men har etterlyst en klargjøring av innholdet i forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas etter § 8 første ledd bokstav b. Han uttaler:

«Også når det gjelder sanksjoner, er det norske lovforslaget gjort betydelig enklere enn direktivteksten, og også her, etter mitt skjønn, på en vellykket måte. Jeg tillater meg likevel én merknad: I § 8 er det gitt regler om når domstolene kan gi en inngriper tillatelse til fortsatt bruk av hemmeligheten mot et rimelig vederlag. Ett av vilkårene for dette er at «forbud etter § 6 og tiltak etter § 7 vil påføre inngriperen uforholdsmessig skade». Begrepet «uforholdsmessig» kan lede tankene mot ren matematikk, slik at vederlag i stedet for forbud aldri blir aktuelt hvis bedriftens tap ved at den krenkende bruken tillates er større enn krenkerens tap ved å måtte avstå fra bruken. En slik skjematisk vurdering vil etter mitt skjønn ikke være i tråd med direktivet, som i bestemmelsene om forbud i artikkel 11.2 og 13.1 peker hen mot en mer sammensatt og skjønnsmessig vurdering. At det skal foretas en slik vurdering, burde etter mitt syn komme tydeligere til uttrykk i loven, eller i hvert fall i de norske forarbeidene.»

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Advokatforeningen er enig i at gjennomføringen av forretningshemmelighetsdirektivets sanksjonsbestemmelser bør følge samme mønster som håndhevingsreformen i 2013 og er også enig i departementets begrunnelse for dette. Foreningen har ellers følgende merknader til forslaget i høringsnotatet:

«Når det gjelder adgangen til forbudsdom ville nok ordlyden i § 6 vært lettere tilgjengelig for et bredt publikum dersom den eksplisitt nevnte stansing av pågående inngrep, men det antas at departementet har gjort denne vurderingen da de tilsvarende bestemmelsene i patentlovens § 56-A, varemerkeloven § 57 m.v. ble innført.

Ordlyden i lovforslagets § 6 andre ledd fremstår ikke som klar i forhold til om «særlig grunn» kriteriet kommer til anvendelse på begge de alternativene bestemmelsen omfatter. På side 130 i høringsnotatet uttaler departementet at «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». Uttalelsen klargjør hvordan § 6, annet ledd er tenkt anvendt og samsvarer med Advokatforeningens forståelse av bestemmelsen. Siden det foreligger eksempler fra rettspraksis knyttet til den tilsvarende bestemmelsen i patentloven som kan indikere at domstolene ikke tolker bestemmelsen på samme måte som departementet, se f.eks Oslo tingretts dom i Equinor-Neodrill saken (17-082749TVI-OTIR/03) er det viktig at bestemmelsen klargjøres. For å tydeliggjøre at «særlig grunn» kriteriet skal anvendes på begge alternativer, foreslår Advokatforeningen at det enten gis klare anvisninger i proposisjonen eller at man foretar en klargjørende justering av ordlyden i § 6, andre ledd, f.eks slik:

«Dersom det foreligger særlig grunn til å frykte at inngrep vil finne sted, enten ved at det er gjort vesentlige forberedelsestiltak med sikte på å utføre en handling som vil utgjøre inngrep eller det på annen måte er opptrådt på en måte som gir grunnlag for å frykte inngrep, kan inngriper ved dom forbys å gjennomføre handlingen.»

Avgrensningen av adgangen til å få dom mot medvirkere er den samme som er gjort i immaterialrettslovgivningen. I forhold til medvirkere som befinner seg nedenfor den straffe- eller erstatningsrettslige medvirkergrensen

antas det at domstolene må kunne pålegge inngriperen å gjennomføre de tiltak som er nødvendige for å hindre fortsatt eller gjentatt inngrep.

Advokatforeningen er også enig i departementets vurderinger knyttet til tidsbegrensede forbud, og forutsetter at dette vil benyttes med varsomhet av domstolene i tråd med departementets uttalelser om at det skal kreves «stor grad av sikkerhet» for at forretningshemmeligheten blir allment tilgjengelig, jf. siste avsnitt i pkt. 11.4.2. Det må antas at det samme vil måtte gjelde der forretningshemmeligheten mister betydning på annen måte enn ved at den blir allment kjent. Derimot bør domstolene stå friere til å nedlegge tidsbegrensede forbud – eller til ikke å nedlegge forbud når det har gått en viss tid etter at utnyttelsen fant sted – dersom det urettmessige utelukkende besto i å utnytte forretningshemmeligheter som et «springbrett» i utviklingen av et produkt eller en prosess, slik at inngriperen har oppnådd en tids- eller kostnadsbesparelse. Produktet eller prosessen kan også i større eller mindre grad ha blitt videreutviklet av inngriperen. I slike tilfeller kan virkningene av inngrepet svekkes over tid, og etter hvert kunne fremstå som uvesentlig for produktet eller prosessen. Hvis dette er tilfellet, bør domstolene ha betydelig frihet til å avgjøre om forbud skal nedlegges og eventuelt for hvor lang tid.

Derimot er *Advokatforeningen* ikke enig med departementet i at adgangen til å gi pålegg om tiltak ikke også skal gjelde for materialer og hjelpemidler som hovedsakelig er brukt, eller tilsiktet brukt, til å fremstille varer som utgjør inngrep. Direktivet ville ikke være til hinder for at loven også på dette punkt var koordinert med øvrig lovgivning og hensynet til effektiv gjennomføring av det tilsiktede vernet burde her tillegges betydelig vekt. Departementet oppfordres derfor til å revurdere sitt standpunkt på dette punktet.

Advokatforeningen er enig med departementet i forslaget til §§ 7 og 8 for øvrig, men peker på at det i § 8 bør fremgå av ordlyden at vilkårene er kumulative.»

Også *Hovedorganisasjonen Virke* har påpekt at det ikke er angitt uttrykkelig om vilkårene i § 8 for fortsatt bruk mot rimelig vederlag er kumulative eller alternative, og har foreslått at ordlyden i bestemmelsen presiseres.

12.6 Departementets vurderinger

Departementet er enig med *professor Irgens-Jensen* i at dom på fortsatt bruk mot rimelig vederlag etter § 8 i høringsforslaget må bygge på en bred skjønsmessig vurdering. Momentene som listes opp i direktivet artikkel 13 nr. 1 vil kunne være relevante ikke bare ved vurderingen av «uforholdsmessig skade» etter bokstav b, men også i vurderingen av «god tro» etter bokstav a, og om tiltaket fremstår som en «rimelig løsning» etter bokstav c. Departementet mener at disse vilkårene i tilstrekkelig grad vil åpne for en slik bred og skjønsmessig vurdering som følger av momentene nevnt i artikkel 13 nr. 1, og at det ikke er behov for at lovteksten uttrykkelig viser til disse.

Departementet er enig med *Advokatforeningen* i at § 6 i høringsforslaget ville vært lettere tilgjengelig dersom bestemmelsen eksplisitt nevnte stansing av pågående inngrep. Den foreslåtte ordlyden er imidlertid innarbeidet i lovgivningen for industrielt rettsvern ellers, og departementet har av den grunn beholdt ordlyden i forslaget.

Når det gjelder forståelsen av kravet til «særlig grunn» i § 6 annet ledd i høringsforslaget, mener departementet at det alt fremgår av ordlyden i bestemmelsen at det kreves særlig grunn til å frykte at saksøker vil gjøre inngrep, enten ved at det foreligger vesentlige forberedelsestiltak eller ved annen adferd fra saksøker, jf. ordlyden «på annen måte».

Advokatforeningen viser til at omtalen av tidsbegrensede forbud i høringsnotatet er begrenset til situasjoner der forretningshemmeligheten blir allment tilgjengelig etter domsavsigelsen. Det følger av artikkel 13 nr. 1 siste ledd at et tidsbegrenset forbud skal være tilstrekkelig til å fjerne enhver kommersiell eller økonomisk fordel som inngriperen kan ha hatt som følge av inngrepet. Bestemmelsen gir derfor også rom for konkrete vurderinger av på hvilket tidspunkt inngriperen selv ville ha kommet frem til forretningshemmeligheten gjennom lovlige midler. Som påpekt av *Advokatforeningen* vil det også kunne være aktuelt å vurdere hvor lang tid inngriperen ville ha brukt på å utvikle en alternativ løsning til forretningshemmeligheten i tilfeller der denne er brukt som et element i et mer sammensatt produkt eller prosess. Slike vurderinger knytter seg til et hypotetisk utviklingsløp. Departementet viser til at fastsettelsen av et tidsbegrenset forbud bør kreve en stor grad av sikkerhet. Samtidig vil inngriperens kompetanse ofte være et sentralt tema i inngrepsaker, slik at domstolene vil kunne ha et bedre

grunnlag for å vurdere når inngriperen kunne ha utviklet forretningshemmeligheten gjennom lovlige midler, eventuelt utviklet et alternativ, enn når forretningshemmeligheten vil bli allment tilgjengelig.

Departementet er enig med *Advokatforeningen* i at pålegg om korrigerende og forebyggende tiltak etter § 7 i høringsforslaget også vil kunne rettes mot medvirkere som befinner seg under terskelen for straffe- eller erstatningsrettslig medvirkning. Når det gjelder terskelen for slike pålegg, vises det til redegjørelsen i Prop. 81 L (2012–2013) side 28:

«Departementet opprettholder forslaget om at forebyggende tiltak også skal kunne rettes mot den som ikke selv har gjort inngrep, og som har opptrådt i god tro. I utgangspunktet kan derfor forebyggende tiltak rettes mot alle som har produkter som utgjør inngrep og materialer og hjelpemidler som hovedsakelig er brukt til eller tilsiktet brukt til å fremstille slike produkter i sin besittelse. I bestemmelsene om tiltak for å hindre inngrep er det dermed ikke behov for noen særskilt regulering av medvirkers stilling.

Departementet legger imidlertid til grunn at kravet om forholdsmessighet i mange tilfeller vil være til hinder for at det besluttet forebyggende tiltak som vil ramme noen som ikke selv har gjort inngrep, og som har opptrådt i god tro. Forholdsmessighetskravet vil være absolutt til hinder for å beslutte forebyggende tiltak som rammer den som har anskaffet produkter som gjør inngrep til private formål.»

Departementet viser til at rimelighets- og forholdsmessighetsvurderingen i saker om inngrep i forretningshemmeligheter nødvendigvis vil skille seg noe fra vurderingen i saker om inngrep i industrielle rettigheter. Mens sistnevnte i all hovedsak er enerettigheter som bygger på registreringer i offentlige registre, bygger vernet for forretningshemmeligheter på et grunnleggende krav om hemmelighold.

Advokatforeningen støtter ikke forslaget i høringsnotatet om at adgangen til å gi pålegg om tiltak etter høringsforslaget § 7 ikke er gjort uttrykkelig gjeldende for materialer og hjelpemidler som hovedsakelig er brukt, eller tilsiktet brukt, til å fremstille varer som utgjør inngrep. Foreningen viser til at direktivet ikke vil være til hinder for at loven «også på dette punkt var koordinert med øvrig lovgivning og hensynet til effektiv gjennomføring av det tilsiktede vernet burde

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

her tillegges betydelig vekt». Foreningen oppfordrer departementet til å revurdere sitt standpunkt.

Departementet er usikker på hvor langt uenigheten strekker seg på dette punktet. I høringsnotatet vises det til reglene i patentloven § 59, varemerkeloven § 59 og designloven § 41. Departementet antar at det er disse reglene Advokatforeningen mener at forslaget bør koordineres med. I motsetning til for varer som utgjør et patentinngrep etter patentloven § 3 første ledd nr. 1 og nr. 3, er ikke definisjonen av en vare som utgjør et inngrep i en forretningshemmelighet, begrenset til varer som er bærere av forretningshemmeligheten eller fremstilt etter en metode som har vern som forretningshemmelighet. Forslaget § 4 har en definisjon av varer som utgjør inngrep som er vesentlig videre enn det som følger av de ovennevnte lovene. Klarest kommer det til uttrykk der varen utgjør inngrep i en forretningshemmelighet fordi den er markedsført på en måte som i vesentlig grad drar fordel av en forretningshemmelighet. Høringsforslaget § 7 annet ledd gir videre adgang til pålegg selv om varene ikke selv er bærere av forretningshemmeligheten. Departementet mener derfor at det ikke kan være aktuelt med en generell adgang til å iverksette tiltak mot hjelpemidler og materialer som i hovedsak er brukt til å fremstille varen. En adgang til pålegg ville eventuelt måtte begrenses til materialer eller hjelpemidler som har tilstrekkelig tilknytning til den siden av varen som i vesentlig grad drar for-

del av forretningshemmeligheten. Videre anser departementet at det kun er pålegg om ødeleggelse som er relevant for slike gjenstander, jf. høringsforslaget § 7 annet ledd bokstav d. Det bør utvises varsomhet med å gi adgang til destruksjon av materialer og hjelpemidler som det er lovlig å besitte. Departementet mener at forskjeller mellom vernet for forretningshemmeligheter og lovgivningen om industrielt rettsvern tilsier at det for forretningshemmeligheter ikke er samme behov for en slik løsning. Når det gjelder hjelpemidler som utelukkende kan brukes til å fremstille varer som utgjør inngrep, antar departementet at hjelpemidlet ofte vil være bærer av forretningshemmeligheten eller ha en funksjon som i vesentlig grad drar fordel av forretningshemmeligheten, og dermed dekkes av forslaget § 7 første ledd. Departementet mener derfor at adgangen til å gi pålegg etter § 7 ikke bør utvides til å omfatte materialer og hjelpemidler som i hovedsak er brukt, eller tiltenkt brukt, til å fremstille en vare som utgjør inngrep.

Departementet mener at det klart fremgår av ordlyden i høringsforslaget § 7 første ledd annet punktum at de etterfølgende vilkårene er kumulative og har ikke funnet grunn til å følge innspillet fra *Advokatforeningen* og *Hovedorganisasjonen Virke* om at dette bør fremgå tydeligere av lovteksten.

Departementet foreslår etter dette at høringsforslaget §§ 6 til 8 videreføres som §§ 5 til 7 i lovforslaget.

13 Vederlag og erstatning

13.1 Gjeldende rett

Det ble i høringsnotatet gitt følgende redegjørelse for 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 tilfredsstille minimumskravene i håndhevingsdirektivet artikkel 13 nr. 1, jf. proposisjonens side 42 til 43.»

13.2 Direktivet artikkel 14

Det ble redegjort slik for direktivet artikkel 14 i høringsnotatet:

«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 begren-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

ser inngriperens erstatningsansvar overfor egen arbeidsgiver.»

arbeidstakerens stilling og omstendighetene for øvrig.

13.3 Regelverket i Sverige og Danmark

Bestemmelser om vederlag og erstatning for inngrep i forretningshemmeligheter er inntatt i 5 § til 11 § i lag om företagshemmeligheter, 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 «intresset hos innehavaren av företagshemmeligheten av att den inte obehörigen angrips och til övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse».. 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 forretningshemmeligheter 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. Ved utmålingen skal det bl.a. tas hensyn til innehaverens tapte fortjeneste og inngriperens uberettigede fortjeneste, jf. § 15 annet ledd. Etter § 15 tredje ledd kan erstatningen fastsettes til et beløp som minst 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 arbeidstakeres erstatningsansvar etter artikkel 14 nr. 1 annet ledd er ikke foreslått gjennomført da en slik adgang alt antas å følge av erstatningsansvarsloven § 23 tredje ledd, jf. første ledd. Bestemmelsen fastslår at en arbeidsgivers erstatningskrav mot en ansatt bare kan kreves dekket i det omfang det finnes rimelig under hensyn til den utviste skyld,

13.4 Forslaget i høringsnotatet

I høringsforslaget ble det lagt opp til at erstatningsregelen i markedsføringsloven § 48 b for inngrep i forretningshemmeligheter videreføres i ny lov om forretningshemmeligheter. Bestemmelsen oppfylder minimumsvilkårene i håndhevingsdirektivet artikkel 13 nr. 1, som i det vesentligste svarer til forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 14. Det ble redegjort slik for forslaget:

«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 oppfylder 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 reglens 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 tilkjennes 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 redu-

sert 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 arbeidstakeres 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.»

13.5 Høringen

Advokatforeningen støtter forslaget i høringsnotatet og uttaler at:

«Advokatforeningen er enig med departementet i at en videreføring av mfl. § 48 b er en hensiktsmessig regulering, også sett i lys av nærheten til øvrig lovgivning på immaterialrettsområdet.»

Hovedorganisasjonen Virke har etterlyst en ytterligere klargjøring i lovteksten av om de ulike utmålingsgrunnlagene er alternative eller kumulative.

13.6 Departementets vurderinger

Alle høringsinstansen som har uttalt seg om reguleringen av vederlag og erstatning har vært positive til forslaget. Departementet foreslår derfor at forslaget i høringsnotatet videreføres i lovforslaget § 8. Departementet mener det er klart ut fra lovteksten at utmålingsgrunnlagene er alternative, jf. «vederlag eller erstatning som fastsettes etter det av følgende grunnlag som er mest gunstig for innehaveren».

14 Straff

14.1 Gjeldende rett

I høringsnotatet gis følgende omtale av 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 ikraftsetningslov), 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 Regelverket i Sverige og Danmark

En egen bestemmelse om straff ved inngrep i forretningshemmeligheter finnes i den svenske lagen om företagshemligheter 26 §. Strafferammen er 2 år for vanlige inngrep og 6 år grove overtredelser, med en minimumsstraff på 6 måneder for de grove tilfellene. I den danske loven om forretningshemmeligheder § 18 er strafferammen på 1 år og 6 måneder for vanlige inngrep. Grove inngrep reguleres av straffeloven § 299 a som har en strafferamme på inntil 6 år.

14.3 Forslaget i høringsnotatet

Direktivet oppstiller ikke krav om straff ved inngrep i forretningshemmeligheter. Det er opp til den enkelte medlemsstaten å vurdere hvorvidt

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

inngrep skal straffesanksjoneres og det eventuelle straffenivået. I høringsnotatet ble det foreslått at regulering av straffeansvaret for inngrep i forretningshemmeligheter skulle samles i den nye loven om forretningshemmeligheter. Det ble redegjort slik for forslaget:

«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, åndsverkløven, varemerkeløven, designloven og planforedlerloven.

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 arbeidstakeres 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 strafforfølgning 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 straffeansvaret 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 tilsvarende 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 skjerpene 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 skjerpene 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 sårbar 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 företagshemmeligheter § 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 forretningshemmeligheter § 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 underordnes 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 lovovertridelser 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.»

14.4 Høringen

Advokatforeningen støtter forslaget i høringsnotatet og uttaler at det fremstår som en god modernisering av gjeldende straffebestemmelser i straffeloven og markedsføringsloven. De uttaler videre:

«Strafferammen i § 6 er på samme nivå som f.eks i patentlovens § 57 og varemerkelovens § 61. For å sikre bedre sammenheng mellom lover på samme område foreslår Advokatforeningen at ordlyden i § 11 andre ledd gjøres (reelt) liklydende med de to nevnte bestemmelser og således utformes slik:

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

14.5 Departementets vurderinger

Departementet er enig med *Advokatforeningen* i at skade på innehaverens kommersielle omdømme bør være et moment i vurderingen om det foreligger grovt inngrep i forretningshemmeligheter

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

etter høringsforslaget § 11 annet ledd, slik som i immaterialrettslovgivningen for øvrig. Forretningshemmeligheter skiller seg fra immaterialrettighetene ved at de ikke er eksklusive enerettigheter. Skade på innehaverens kommersielle omdømme som følge av et inngrep vil først være aktuelt der inngrepet har skjedd på en måte som gjør at inngriperens handlinger eller virksomhet kan forveksles med innehaverens. Slike tilfeller faller på siden av det som direktivet og lovforslaget ellers tar sikte på å regulere, jf. punkt 17 i direktivets fortale, men vil kunne omfattes av markedsføringsloven § 30, jf. § 48. Departementet ser

imidlertid at overtredelsen av markedsføringsloven § 30 i slike situasjoner har så stor nærhet til inngrepet i forretningshemmeligheten at det vil være mer naturlig å vurdere skaden på innehaverens omdømme som et forhold som gjør inngrepet grovt etter høringsforslaget § 11 annet ledd, enn som et selvstendig lovbrudd hvor det skal fastsettes en fellesstraff for de to overtredelsene etter straffeloven § 79 første ledd bokstav a.

Departementet foreslår etter dette at §§ 10 og 11 i høringsforslaget videreføres, med ovennevnte presisering, som §§ 9 og 10 i lovforslaget.

15 Publisering av informasjon om avgjørelser

15.1 Gjeldende rett

Gjeldende lovgivning inneholder 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 regler om at retten kan bestemme at informasjon om fellende dom i en inngrepssak skal formidles på passende måte for inngriperens regning. Bestemmelsene om formidling av informasjon om fellende dommer i saker om industrielle rettigheter ble innført ved håndhevingsreformen i 2013 og tilsvarer 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.

15.2 Direktivet artikkel 15

Det ble i høringsnotatet redegjort slik for 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 fellende 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 forretningshemmelighe-

ten 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.»

15.3 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. Ved vurderingen av om slikt pålegg er «skäligt» skal domstolene blant annet ta hensyn til hvilke virkninger informasjonsspredningen kan få for enkeltpersoners «integritet og anseende».

Tilsvarende regler om offentliggjøring av dommer finnes i den danske loven om forretningshemmeligheter § 17 første ledd. Det fremgår av bestemmelsens annet ledd at plikten til offentliggjøring rettes mot inngriperen, som også skal bære kostnadene ved offentliggjøringen. Videre følger det av § 17 annet ledd at offentliggjøringen skal skje på en slik måte at forretningshemmeligheten beskyttes. Vurderingsmomentene som fremgår av direktivet artikkel 15 nr. 3, er listet opp i § 17 tredje ledd.

15.4 Forslaget i høringsnotatet

Det ble i høringsnotatet foreslått å innta en bestemmelse om publisering av fellende dommer i saker om inngrep i forretningshemmeligheter i forslaget til § 12. Det ble redegjort slik for forslaget:

«Bestemmelsen er utformet etter mønster av tilsvarende regler i lovgivningen om industrielt

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 felende dom på en passende måte vil ikke tilside-sette 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.»

15.5 Høringen

Advokatforeningen stiller spørsmål om høringsforslaget fanger opp innholdet i direktivet artikkel 15 og uttaler:

«Departementets forslag er gitt en kort og nøytral utforming som ikke gir særlig veiledning i forhold til de vurderingstemaer domstolen må forholde seg til. Dette står i motsetning til direktivets art. 15. Der direktivets art. 15 lyder «egnete tiltak for å informere om avgjørelsen, herunder at hele eller deler av avgjørelsen skal

offentliggjøres» (i den uoffisielle oversettelsen) er § 12 gitt ordlyden «informasjon om dommen formidles på passende måte». Direktivets ordlyd fremstår som videre og mer fleksibel da den fokuserer på egnede tiltak, snarere enn på selve formidlingsmåten. Direktivteksten gir også åpning for flere samtidige tiltak, noe lovforslaget, snevert tolket, ikke gir. Advokatforeningen ber departementet om å vurdere en ordlyd som ligger nærmere opp til direktivets ordlyd.»

15.6 Departementets vurderinger

Advokatforeningen ber departementet om å vurdere en ordlyd som ligger nærmere opp til direktivets ordlyd. Forslaget til lovtekst bygger på ordlyden i de parallelle bestemmelsene i lovgivningen om industrielle rettigheter. Disse er igjen inspirert av håndhevingsdirektivet artikkel 15 som har en nærmest identisk ordlyd som forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 15 nr. 1.

Departementet er imidlertid innforstått med at forslaget i høringsnotatet ikke inneholder en bestemmelse som tilsvarer artikkel 15 nr. 3 i forretningshemmelighetsdirektivet. Direktivbestemmelsen lister opp momenter som skal vektlegges i vurderingen av tiltakets forholdsmessighet, og har ingen direkte parallell i håndhevingsdirektivet artikkel 15. Som omtalt under punkt 7.6 vil et krav til forholdsmessighet alt følge av norsk sivilprosess og sentrale EØS-rettslige prinsipper. Det ble også fremholdt i Prop. 81 L (2012–2013) side 29 om de parallelle bestemmelsene i lovgivningen om industrielt rettsvern:

«Departementet understreker at [...] det bare vil være aktuelt å pålegge inngriperen å dekke slike kostnader når formidling av dommen fremstår som et rimelig tiltak for å avbøte følgende av inngrepet og for å forebygge nye inngrep.»

Vurderingsmomentene som er opplistet i artikkel 15 nr. 3 første ledd er formulert svært generelt og vil naturlig inngå i forholdsmessighetsvurderingen etter tilsvarende bestemmelser i immaterialrettslovgivningen om dekning av kostnader ved formidling av dom. Departementet mener at en lovfesting av et generelt krav til forholdsmessighet derfor ikke tilfører noe nytt i forhold til det som alt følger av gjeldende rett og at bestemmelsen bør utformes i tråd med parallelle bestemmelser i immaterialrettslovgivningen.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Departementet har imidlertid funnet grunn til å klargjøre i lovteksten at formålet med pålegg er å avbøte følgene av inngrep og å forebygge nye inngrep.

Departementet har også vurdert om lovteksten uttrykkelig bør vise til hensynet til personvern for privatpersoner, jf. direktivet artikkel 15 nr. 3 annet ledd, ettersom dette momentet er fremhevet særskilt. En slik løsning er valgt i den svenske lag om företagshemligheter 25 §. Departementet har imidlertid blitt stående ved at en slik løsning ikke er nødvendig. Hensynet til inngriperen, herunder konsekvensene ved en eventuell formidling av dommen, vil være et moment i forholdsmessigvurderingen av om det skal gis

pålegg og hvordan en formidling eventuelt kan skje på en «passende måte». Ettersom bestemmelsen ikke regulerer adgangen til å offentliggjøre informasjon om dommen, men kun gir hjemmel for å pålegge inngriperen å betale for offentliggjøring, er det uklart hvilken vekt hensynet til inngriperens personvern kan få etter direktivbestemmelsen. Bestemmelsen er ikke til hinder for at innehaveren velger å offentliggjøre informasjon om dommen for egen regning, eller for andre former for offentliggjøring som omtale i mediene eller publisering på Lovdata.

Departementet foreslår at høringsforslaget § 12 videreføres som § 11 i lovforslaget med ovennevnte presisering.

16 Sanksjoner ved manglende etterlevelse av tiltak

16.1 Direktivet artikkel 16

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 rimelig forhold til krenkelsen og ha avskrekkende virkning. Ved manglende etterlevelse av tiltak etter direktivet 10 og 12, kreves det at løpende tvangsmulkt kan ilegges, jf. artikkel 16 nr. 2.

16.2 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 det alt er adgang til å kombinere forbud mot bruk og formidling av forretningshemmeligheter med trussel om mulkt etter 11 § i lag om skydd för företags-hemligheter fra 1990. Adgangen er videreført i ny lag om företags-hemligheter 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 ved manglende etterlevelse av plikten. I SOU 2017:45 på side 247 vurderes dette 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 «tvangsbøder» som

fastsettes daglig eller ukentlig, inntil forbud, påbud eller annet tiltak overholdes. Fogedretten kan også fastsettes en bot som forfaller på en nærmere angitt tidspunkt, hvis det aktuelle tiltaket ikke er overholdt innen fristen.

16.3 Forslaget i høringsnotatet

Det ble lagt til grunn i høringsnotatet at reglene om tvangfullbyrdelse i tvangfullbyrdsloven kapittel 13, og bestemmelsene i høringsforslaget til beskyttelse av forretningshemmeligheter under rettslige prosesser, vil være tilstrekkelige til å ivareta kravene i direktivet artikkel 16. Det ble redegjort slik for forslaget i høringsnotatet:

«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 tvangfullbyrdsloven § 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 tvangfullbyrdsloven § 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 tvangfullbyrdelsesloven § 13-16 annet ledd, jf. § 13-14.

Ved rettslig pålegg om utlevering av dokumenter og gjenstander til saksøker etter

forslagets § 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. tvangfullbyrdelsesloven § 13-8 annet ledd. Hvis dokumentet eller gjenstanden er i saksøktes besittelse, skjer tvangfullbyrdelse ved at namsmannen tar det som skal leveres fra saksøkte og levere det til saksøkeren, jf. tvangfullbyrdelsesloven § 13-8 første ledd. En slik fullbyrdelsesmåte anses mer effektiv for inneha-

vere av forretningshemmeligheter og det anses ikke å være i strid med artikkel 16 at tvangsmulkt i slike tilfeller har en sekundær karakter.»

16.4 Høringen

Det har ikke kommet inn merknader under høringen til forslaget i høringsnotatet.

16.5 Departementets vurderinger

Departementet foreslår at forslaget i høringsnotatet videreføres, og at det ikke gjennomføres egne tiltak til gjennomføring av direktivet artikkel 16.

17 Øvrige spørsmål

17.1 Tvungent vernet

Advokatforeningen, Forsvarets forskningsinstitutt (FFI) og Norsk forening for industriens patentingeniører (NIP) har tatt opp spørsmålet om Oslo tingrett bør gjøres til tvungent vernet i saker om forretningshemmeligheter. *Advokatforeningen* viser i den forbindelse til likhetstrekkene mellom saker om forretningshemmeligheter og saker om immaterialrettigheter, og uttaler:

«Høringsnotatet inneholder ingen vurdering av behovet for særlige vernetingsregler for saker om forretningshemmeligheter. Etter Advokatforeningens mening bør dette spørsmålet vurderes nærmere i forbindelse med det foreliggende lovarbeidet. Det vises til at saker om forretningshemmeligheter har mange likhetstrekk med saker om immaterialrettigheter, og at sakene ofte reiser kompliserte faktiske og rettslige spørsmål, slik departementet er inne på side 93 i høringsnotatet. De hensynene som taler for at saker om immaterialrettigheter hører under Oslo tingrett som obligatorisk vernet – hensynene til kompetanseoppbygging og enhetlig behandling – gjør seg på tilsvarende måte gjeldende for saker om forretningshemmeligheter. Dette tilsier at samme vernetingsregler bør gjelde.»

Også *FFI* og *NIP* viser til at Oslo tingrett alt er tvungent vernet i saker om immaterialrettigheter. *FFI* uttaler:

«*FFI* foreslår at det vurderes å innta en bestemmelse om Oslo tingrett som tvunget vernet. Slike bestemmelser finnes i annen immaterialrettslovgivning, eksempelvis i patentloven §63, designloven §46, varemerkeloven §62 og åndsverkloven §85.»

NIP viser i tillegg til at forretningshemmelighetsvernet i mange tilfeller vil ha en komplementær funksjon til vernet etter immaterialrettslovgivningen, og uttaler:

«Forskning og vår erfaring viser at bedrifter ikke bruker én og én rettighet for å beskytte innovasjon. (Se for eksempel Hall, B., Helmers, C., Rogers, M., & Sena, V. (2014). *The Choice between Formal and Informal Intellectual Property: A Review.*, og EUIPO. (2017). *Protecting Innovation through Trade Secrets and Patents: Determinants for European Union Firms.*) Patentsøknader er generelt forretningshemmeligheter de første 18 månedene. Proprietær kildekode er ofte forretningshemmeligheter, men også dekket av opphavsrett. En søknad om design kan, som for patent, hemmeligholdes i en periode. Konflikter om alle disse rettighetene må kunne behandles samlet av en kompetent rett. Videre, er det viktig at det blir lik rettspraksis rundt bedømmingen av hva som er «rimelige tiltak for å sikre hemmelighold». Dette er et svært vanskelig område som vil være avgjørende i mange saker. Oslo tingrett som vernet vil sikre en lik vurdering.»

Departementet ser at hensynene som ligger til grunn for at Oslo tingrett er tvunget vernet i saker om immaterialrettigheter, særlig hensynet til ensartet praksis og kompetanse på immaterialrettens område, vil kunne være relevante for enkelte former for forretningshemmeligheter som er beslektet med immaterialrettigheter. Til forskjell fra immaterialrettigheter er vernet av forretningshemmeligheter ikke utledet av en enerett, men knyttet til en rettslig standard som forbyr rettsstridige handlinger. Bevisføringen i saker om inngrep i forretningshemmeligheter vil i mange tilfeller være annerledes enn i saker om inngrep i immaterialrettigheter, og geografisk nærhet til bevis og vitner vil kunne være viktig. Spørsmål knyttet til forretningshemmeligheter kan også komme opp for domstolene i andre saker enn de som dreier seg om inngrep i forretningshemmeligheter.

Departementet viser i tillegg til at der en sak om forretningshemmelighet har nær tilknytning til en sak om inngrep i en immaterialrett, vil sakene kunne forenes til felles behandling i Oslo tingrett etter domstoloven § 38.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Departementet har derfor kommet frem til at Oslo tingrett ikke gjøres til tvungent vernet i saker om forretningshemmeligheter.

17.2 Rett til informasjon ved inngrep i forretningshemmeligheter

Advokatforeningen mener at forretningshemmeligheter bør omfattes av bestemmelsen i tvisteloven § 28 A-1, og uttaler:

«Når likheten med øvrige immaterielle rettigheter er fremtredende, slik det påpekes i høringsnotatet, fremstår det som uheldig at forretningshemmelighetene unntas fra det vern som følger både direkte og indirekte av denne bestemmelsen.»

Tvisteloven § 28 A-1 om rett til informasjon ved inngrep i immaterialrettigheter m.m. ble innført i

forbindelse med håndhevingsreformen i 2013. Bestemmelsen er utformet etter mønster av regler i direktiv 2004/48/EF for å sikre rettighetshavere gode rammevilkår for å avdekke og følge inngrep. I den forbindelse ble det vurdert om reglene skulle gjelde i saker om inngrep i forretningshemmeligheter etter markedsføringsloven §§ 28 og 29, se Prop. 81 L (2012–2013) side 79 til 80. Det ble lagt til grunn at en slik løsning ikke var ønskelig fordi vernet etter markedsføringsloven §§ 28 og 29 «har en ganske annen karakter enn vernet etter lovgivningen om immaterialrettigheter». Departementet antar at det også er grunnen til at forretningshemmelighetsdirektivet ikke inneholder tilsvarende regler som håndhevingsdirektivet på dette punkt. Departementet har ikke funnet grunn til å fravike standpunktet som ble tatt i 2013.

18 EØS-komiteens beslutning

18.1 Innledning

EØS-komiteen vedtok 29. mars 2019 å endre EØS-avtalen vedlegg XVII (opphavsrett) ved å innlemme Europaparlamentet- og rådets direktiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og utlevering (forretningshemmelighetsdirektivet).

Gjennomføringen av direktivet i norsk rett vil kreve lovendringer, og Stortingets samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning er derfor nødvendig etter Grunnloven § 26 annet ledd. Forslaget til ny lov om vern av forretningshemmeligheter gjennomfører direktivet i norsk rett.

EØS-komiteens beslutning om innlemmelse av direktivet om forretningshemmeligheter i EØS-avtalen og direktivet om forretningshemmeligheter følger i uoffisielle norske oversettelser som trykte vedlegg til proposisjonen.

18.2 Nærmere om direktivet

EU vedtok 8. juni 2016 direktiv (EU) 2019/943 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling. I EU har det ikke tidligere vært harmoniserte regler om vern av forretningshemmeligheter. Formålet med direktivet er å styrke foretakenes konkurransekraft og å gi bedre forutsetninger for innovasjon og kunnskapsoverføring på det indre markedet. Direktivet harmoniserer reguleringen av tre sentrale spørsmål for forretningshemmelighetsvernet: hvilke opplysninger som er forretningshemmeligheter, hvilke handlinger som utgjør ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter (inngrep) og hvilke håndhevings- og sanksjonsmidler som skal være tilgjengelige for innehavere av forretningshemmeligheter.

Artikkel 1 sier at direktivet gir regler om beskyttelse mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter. Artikkel 1

nr. 2 og 3 inneholder bestemmelser som avgrenser direktivets anvendelsesområde opp mot en rekke hensyn. Dette gjelder blant annet ytringsfriheten, herunder pressefrihet og mediemangfold (nr. 2 bokstav a), opplysningsplikter i nasjonal rett eller EU-rett (nr. 2 bokstav b og c), eller retten til å inngå kollektive avtaler innenfor rammene av EU-retten og nasjonal rett (nr. 2 bokstav d). Artikkel 1 nr. 3 gjør det klart at direktivet ikke skal brukes som grunnlag for å hindre arbeidstakeres mobilitet.

Artikkel 2 gir en definisjon av forretningshemmeligheter som er tilnærmet identisk med definisjonen i TRIPS-avtalen artikkel 39 nr. 2. For å oppnå beskyttelse etter direktivet må opplysningene det gjelder ikke være allment kjent eller lett tilgjengelig innenfor den krets som vanligvis har befatning med den typen opplysninger, opplysningene må ha en kommersiell verdi fordi de er hemmelige, og det må ha vært iverksatt rimelige tiltak for å holde opplysningene hemmelige. Direktivet inneholder også en definisjon av «krænkende varer» i artikkel 2 nr. 4. Dette er varer som har en design, kvalitet, funksjonalitet, produksjonsprosess eller markedsføring som i betydelig grad drar fordel av ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter.

Artikkel 3 regulerer hva som skal anses å være lovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter. Dette omfatter tilegnelse ved selvstendig oppdagelse eller frembringelse (nr. 1 bokstav a), såkalt «omvendt utvikling» der forretningshemmeligheten avdekkes ved undersøkelser av et allment tilgjengelig eller ellers lovlig tilegnet produkt (bokstav b), tilegnelse ved utøvelsen av arbeidstakeres og arbeidstakerrepresentanters rett til informasjon og til å konsulteres etter EU-lovgivning og nasjonal rett og praksis (bokstav c), og tilegnelse ved annen adferd som anses å være i samsvar med god forretningsskikk (bokstav d). I tillegg til disse fire særskilt angitte tilfellene skal tilegnelse, bruk og formidling være tillatt der dette følger av EU-lovgivning eller nasjonal rett (artikkel 3 nr. 2). Alternativet vil for eksempel omfatte forvaltningens tilgang til og

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

bruk av opplysninger om forretningshemmeligheter i forvaltningssaker.

Artikkel 4 regulerer hva som skal anses å være ulovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter (inngrepshandlinger). Artikkelen 4 nr. 1 pålegger medlemsstatene å sikre at håndhevingsmidler etter direktivet er tilgjengelige for innehavere av forretningshemmeligheter ved inngrep i disse. Hva som utgjør ulovlig tilegnelse, reguleres i artikkel 4 nr. 2. Ulovlig tilegnelse omfatter blant annet det å skaffe seg uberettiget tilgang til og kopiere fysiske dokumenter, elektroniske filer mv. som inneholder forretningshemmeligheter. Det opprinnelige direktivforslaget stilte et krav om forsett eller grov uaktsonhet, men dette kravet ble senere fjernet. Opplistingen omfattet opprinnelig også straffbare handlinger som tyveri, bestikkelser og bedrageri, men disse ble også tatt ut, blant annet fordi det var en klar forutsetning fra medlemsstatene at direktivet ikke skulle berøre strafferettslige elementer. Ulovlig bruk og formidling omfatter etter artikkel 4 nr. 3 tilfeller der den som bruker eller formidler en forretningshemmelighet, har tilegnet seg den ulovlig eller brutt en plikt til å bevare fortrolighet om eller til å begrense bruken av forretningshemmeligheten. Etter artikkel 4 nr. 4 er tilegnelse, bruk og formidling også ulovlig dersom mottakeren visste eller burde ha visst at opplysningene er motatt fra noen som ikke var berettiget til å bruke eller formidle forretningshemmeligheten. Etter artikkel 4 nr. 5 skal det også være ulovlig å produsere, tilby, markedsføre, importere, eksportere eller lagre varer som utgjør inngrep dersom vedkommende som utfører disse handlingene visste eller burde ha visst om inngrepet.

Artikkel 5 gir regler om unntak, og fastsetter i hvilke tilfeller bruk av håndhevingsmidler etter direktivet ikke skal kunne benyttes. Dette gjelder når den påståtte tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten skjer som følge av utøvelse av ytrings- og informasjonsfriheten (bokstav a), varsling (bokstav b), nødvendig informasjonsdeling mellom arbeidstakere og deres representanter (bokstav c) eller for andre legitime formål (bokstav d).

Artikkel 6 nr. 1 pålegger medlemsstatene en generell forpliktelse til å sikre det internrettslige grunnlaget for nødvendige tiltak, prosedyrer og rettsmidler mot ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter. Nr. 2 oppstiller generelle krav til utformingen av disse. *Artikkel 7* nr. 1 slår fast at håndhevingsmidlene etter direktivet skal anvendes på en måte som er proporsjonal, som unngår at det skapes hind-

ringer for legitim handel i det indre marked og som gir sikkerhet mot misbruk. Etter nr. 2 stilles det krav om sanksjoner mot uberettigede søksmål om ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter.

I *artikkel 8* gis regler om frister for fremming av alle typer krav etter direktivet. Det overlates til medlemsstatene å bestemme fristens utgangspunkt og under hvilke omstendigheter det skal skje fristavbrudd, men etter bestemmelsen kan fristens lengde ikke overstige 6 år.

Direktivet har regler i *artikkel 9* om beskyttelse av forretningshemmeligheter under rettslige prosesser om ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter. Det kreves at medlemsstatene sikrer at personer som blir kjent med forretningshemmeligheter i slike rettssaker, ikke kan bruke hemmeligheten eller formidle den. I tillegg kreves det etter nr. 2 at det er en mulighet for retten til å gjennomføre spesifikke tiltak mot spredning av opplysningene, blant annet i form av begrensninger på personkretsen som får adgangen til dokumenter (bokstav a) og rettsmøter (bokstav b). Det er likevel slik at minst én fra hver av partene samt prosessfullmektigene må gis tilgang (nr. 2 siste avsnitt), og at en ikke-konfidensiell versjon av rettslige beslutninger i sladdet form kan gjøres tilgjengelig for andre utenfor en slik begrenset gruppe (bokstav c).

I tillegg inneholder direktivet *artikkel 10 til 13* bestemmelser om håndhevingsmidler mot inngrep i forretningshemmeligheter, blant annet midlertidig forføyning, forbudsdom og tiltak som skal bøte på følgene av inngrep eller forebygge nye inngrep. I stedet for å gi forbudsdom kan retten gi tillatelse til fortsatt bruk mot rimelig vederlag i tilfeller der inngriperen opprinnelig har vært i god tro. Direktivet har også bestemmelser om erstatning og vederlag for inngrep i forretningshemmeligheter i *artikkel 14*, og publisering av dommer i *artikkel 15*, samt om sanksjoner i tilfeller der avgjørelser om å pålegge handle- eller unnlattelsesplikter ikke etterleves i *artikkel 16*.

Direktivet oppstiller ikke krav til straffesaksjonering av inngrep i forretningshemmeligheter.

18.3 EØS-komiteens beslutning

EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII (Opphavsrett) inneholder en fortale og fire artikler. I fortalen vises det til EØS-avtalen artikkel 98 som gir EØS-komiteen kompetanse til å beslutte endringer i vedlegg XVII.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Beslutningen *artikkel 1* fastsetter at rettsakten skal innlemmes i EØS-avtalen vedlegg XVII i nytt nr. 13 og angir de tilpasningstekstene som er vedtatt. Det er kun foretatt tekniske tilpasninger i direktivteksten.

Artikkel 2 fastslår at den norske og islandske oversettelsen av direktivet skal kunngjøres i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende og gis gyldighet.

Artikkel 3 regulerer når beslutningen trer i kraft.

Artikkel 4 fastslår at beslutningen skal kunngjøres i EØS-avdelingen og i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende.

18.4 Forholdet til norsk rett

Gjennomføring av direktivet krever mer detaljert lovregulering av vernet av forretningshemmeligheter enn i dag. Lovforslaget viderefører i stor grad gjeldende rett, men på enkelte punkter utvides vernet som følge av at direktivet bl.a. oppstiller et mer detaljert håndhevingsregime. Forholdet mellom direktivet og forslaget til gjennomføring i ny lov om vern av forretningshemmelighet omtales nærmere under hvert enkelt punkt i proposisjonen.

I tråd med direktivet innfører forslaget en legaldefinisjon av begrepet forretningshemmeligheter som i hovedsak sammenfaller med gjeldende rett. Begrepet dekker fortrolige opplysninger om drifts- og forretningsforhold, slik som knowhow og teknologiske opplysninger, som har kommersiell verdi, og som innehaveren har iverksatt tiltak for å holde hemmelige.

Forslaget forbyr handlinger som utgjør inngrep i en forretningshemmelighet, med utgangspunkt i direktivets sonndring mellom urettmessig tilegnelse, bruk og formidling. Bestemmelsene viderefører vernet for forretningshemmeligheter etter markedsføringsloven §§ 28 og 29, samt straffeloven §§ 207 og 208, men gir en mer detaljert regulering av de ulike inngrepsformene og innebærer på enkelte punkter en viss utvidelse av vernet.

Det er grunnleggende for direktivets regulering at vern av forretningshemmeligheter må balanseres mot andre legitime interesser, slik som arbeidstakeres varslingsvern og ytringsfriheten. I forslaget er dagens rettsstridsreservasjon videreført, og det er kun urettmessige handlinger som vil utgjøre inngrep i forretningshemmeligheter. Tilegnelse, bruk og formidling som kan begrunnes i andre legitime interesser, rammes ikke av

forbudet. Videre er hensynet til arbeidstakeres mobilitet på arbeidsmarkedet ivaretatt ved at definisjonen av forretningshemmeligheter uttrykkelig avgrenses mot alminnelige erfaringer og ferdigheter som en arbeidstaker har tilegnet seg under et ansettelsesforhold.

I samsvar med direktivets krav til nasjonale håndhevings- og sanksjonsmidler ved inngrep i forretningshemmeligheter, foreslås håndhevingsregler som er mer detaljerte enn i gjeldende rett. Forslaget vil også bringe regelverket for håndheving av forretningshemmeligheter nærmere det som gjelder i patentretten, varemerkeretten og designretten. Sentrale håndhevingsmidler ved inngrep i forretningshemmeligheter vil være dom om forbud mot eksisterende og fremtidige inngrep, vederlag og erstatning, samt kjennelse om midlertidig forføyning etter tvisteloven kapittel 34. Nytt med forslaget er at domstolene også kan gi pålegg om en rekke ulike tiltak for å avbøte virkningene av foretatte inngrep og for å vanskeliggjøre fremtidige inngrep. Slike pålegg vil kunne gå ut på tilbakekall av varer fra handelen, endring av varer, ødeleggelse av varer, dokumenter og gjenstander som inneholder forretningshemmeligheten, utlevering av varer til innehaveren av forretningshemmeligheten og formidling av en dom om inngrep for inngriperens regning.

Direktivet oppstiller ikke krav til straffesanksjonering av inngrep i forretningshemmeligheter. Overtredelser av straffeloven §§ 207 og 208 kan i dag straffes med bøter og fengsel i inntil henholdsvis 2 og 1 år. Ved overtredelse av markedsføringsloven §§ 28 og 29 er øvre strafferamme fengsel i inntil 6 måneder. Etter forslaget vil inngrep i forretningshemmeligheter kunne straffes med bøter og fengsel i inntil 1 år og inntil 3 år for grove inngrep. Det vil tilsvare straffenivået for inngrep i industrielle rettigheter etter f.eks. patentloven og varemerkeloven. Til sammenligning er strafferammen for grove inngrep 6 år i Danmark og Sverige.

Til gjennomføring av direktivet er det også foreslått enkelte mindre endringer i prosesslovgivningen som skal styrke vernet for forretningshemmeligheter under rettslige prosesser.

18.5 Konklusjon og tilrådning

Direktivet er vurdert EØS-relevant og akseptabelt. Gjennomføringen av EØS-komiteens beslutning vil kreve lovendring, og Norge har deltatt i beslutningen med forbehold om Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd. I tråd

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

med EØS-avtalen artikkel 103 nr. 1, jf. artikkel 104, vil beslutningen først bli bindende for Norge etter at Stortinget har gitt sitt samtykke og Norge har meddelt de andre partene at de forfatningsmessige kravene er oppfylt.

Forretningshemmelighetsdirektivet skal sikre et harmonisert vern for forretningshemmeligheter i EØS. Ved å redusere risikoen for at forretningshemmeligheter mister sitt vern som følge av grunnleggende forskjeller i vernenivå innen EØS, skal direktivet tilrettelegge for grenseoverskridende samarbeid og utveksling av forretnings-

hemmeligheter. Direktivet antas samlet sett ikke å ha vesentlige økonomiske og administrative konsekvenser, men vil gjøre regelverket enklere tilgjengelig for brukerne. Regelverket vil særlig ha betydning for nyskapende foretak, spesielt mindre foretak som bygger hele sin virksomhet på et fåtalls innovasjoner eller forretningsideer.

Justis- og beredskapsdepartementet anbefaler derfor at Stortinget samtykker til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII (Opphavsrett).

19 Økonomiske og administrative konsekvenser

Vern av forretningshemmeligheter er viktig for å sikre virksomheters konkurransekraft og for å legge til rette for nyskaping 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 siviltrettslige håndhevingsmidler som skal være tilgjengelig for innehaveren av forretningshemmeligheten. Effektive og sammenlignbare håndhevingsmidler innad i EØS skal legge til rette for grenseoverskridende aktivitet fra nyskappende 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 nyskappende foretak, særlig mindre foretak som bygger hele sin virksomhet på et fåtalls innovasjoner eller forretningsideer.

Forslaget innebærer en forenkling ved at retts-tilstanden 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 av 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 av 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 domstolene kan øke. Det er i dag svært få saker om forretningshemmeligheter som behandles i domstolsapparatet, vanligvis under fem 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 de 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 innlåsings-effekter for ansatte i virksomheten.

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

20 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 tilegnelse, bruk og formidling i norsk rett.

Det rettslige rammeverket for Svalbard skal være mest mulig likt fastlandet, og ny lovgivning for fastlandet skal derfor som en hovedregel gis anvendelse for Svalbard, med mindre særlige forhold taler mot dette, eller det er behov for unntak eller tilpasninger, jf. Meld. St. 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 i punkt 4.

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.

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 presi-

sert at kravet om at opplysningene ikke må være allment kjent eller lett tilgjengelig knytter seg til «personer i de kredse, der normalt beskæftiger sig med den pågældende type oplysninger». Det er ansett unødvendig å uttrykke dette i lovteksten.

Kravet til hemmelighold kan være oppfylt ved at opplysningene som inngår i forretningshemmeligheten, i sin helhet er hemmelige. Ofte vil imidlertid 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 eller 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 et 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 innehaveren av opplysningene ved å undergrave dennes vitenskapelige eller tekniske potensiale, forretningsmessige eller finansielle interesser, strategisk plasseringer eller evne til å konkurrere. Kriteriet innebærer at ubetydelige 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. Innehaveren må ut fra de konkrete omstendighetene og de tiltakene som er foretatt, ha en berettiget forventning om at opplysningene forblir hemmelige. Det er ikke tilstrekkelig at innehaveren selv ikke har spredd informasjonen. Kravet til rimelige tiltak fordrer 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 tilgangsbegrensninger 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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

opplysningene være et mulig tiltak. For 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 5.1.

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 hjelpemidler er tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller lignende. Kravet etter markedsføringsloven § 29 og straffeloven §§ 207 annet ledd 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 begrense spredning av hjelpemidlene.

Bestemmelsene om tekniske hjelpemidler foreslås opphevet. 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. Reglene i den nye loven vil sammen med markedsføringsloven §§ 25 og 30 i hovedsak gi samme vern for tekniske hjelpemidler som i dag, se omtale i punkt 6.6.

I § 2 annet ledd avgrenses begrepet «forretningshemmelighet» 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 til 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 arbeidstakeres 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 arbeidstakeres mobilitet på arbeidsmarkedet. Det er bakgrunnen for at avgrensningen er foreslått inntatt uttrykkelig 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 i hovedsak 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 inngreps handlinger 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.

Uttrykket 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 fellesbe-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

tegnelse 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, i tillegg til å avgrense mot tilfeller nevnt i direktivet artikkel 1 nr. 2. Det vises til nærmere omtale av bestemmelsen i punkt 6.6. 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 av lovteksten. Det klargjøres også at tilegnelse er en selvstendig form for inngrep som kan møtes med lovens håndhevingsmidler.

Bestemmelsens *første ledd* rammer ulike 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 en 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 hardware. Det vil således foreligge et inngrep etter bestemmelsen selv om personen ikke selv kjenner innholdet i forretningshemmeligheten.

Bestemmelsen gir anvisning på fire alternative måter som forretningshemmeligheten kan tilegnes på. 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 opplysninger som er elektronisk lagret. Tileg-

nelse 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.

Bestemmelsen krever ikke at dokumentene eller gjenstandene inngriperen får tilgang til eller rådighet over fysisk oppbevares i innehaverens lokaler.

Den siste formen for tilegnelse som bestemmelsen viser til, er ved annen adferd i strid med god forretningsskikk. Alternativet fanger opp former for tilegnelse i strid med god forretningsskikk som ikke dekkes av de tilfellene som er mer presist angitt i lovteksten. Faktum i saken i Rt. 2007 s. 1841 (SAS/Braathens) 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 opplysninger fra systemet etter at oppdragsforholdet er bortfalt, vil det kunne foreligge en tilegnelse i strid med god forretningsskikk.

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 lovgivning vil forbudet mot rettsstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter i markedsføringsloven § 28 annet ledd dekke etterfølgende bruk og formidling i næringsvirksomhet av hemmeligheter som er tilegnet ved noens brudd på taushetsplikt eller annen rettsstridige handling. Gjeldende bestemmelser i straffeloven forbyr kun etterfølgende bruk av forretningshemmelighet tilegnet i anledning av et oppdrag, tillitsverv, eierforhold, tjenesteforhold eller forretningsforhold.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 opplysninger innehaveren eller andre gir i medhold av lovpålagte opplysningsplikter. Et annet praktisk eksempel er personer som får kjennskap til hemmeligheten under en sak for domstolene. 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. Uttrykket formidling vil dekke alle tilfeller der informasjon bringes videre.

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 alternativer 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 den 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 tilegnelsen, 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 av forretningshemmeligheten 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 rimelig vederlag, jf. forslaget § 7.

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 gjel-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

dende rett, og forslaget innebærer en utvidelse av vernet av forretningshemmeligheter ved at flere handlinger utgjør inngrep i forretningshemmeligheten. Se de generelle merknadene til bestemmelsen i punkt 6.4.4.

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 fratras et konkurransefortrinn. I tillegg vil spredning av varer som bygger på forretningshemmeligheten, kunne medføre en risiko for at forretningshemmeligheten bortfaller fordi den blir allment kjent eller lett tilgjengelig. Det er bakgrunnen for de særskilte håndhevingsmidlene som kan iverksettes overfor varer som utgjør inngrep, jf. forslaget § 6 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 første ledd 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 forhold ved varen 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 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 12.4.2.

Etter gjeldende rett kan det nedlegges forbud ved inngrep i forretningshemmeligheter og ved forestående inngrep etter reglene for midlertidig forføyning. Etter forslaget § 5 vil adgangen til å avsi forbudsdom overfor noen som har bidratt til en annens inngrep og mot forestående inngrep i forretningshemmeligheter tilsvare reglene i lovgivningen om industrielt rettsvern.

Bestemmelsen gir adgang til å avsi fullbyrdesdom. Dommen vil kunne tvangsfullbyrdes ved at inngriperen pålegges å stille sikkerhet for skade som vil bli voldt hvis inngriperen også i fremtiden handler mot sin plikt, jf. reglene i tvangsfullbyrdesloven § 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.

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

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

vedkommende objektivt sett har bidratt til et inngrep. Vedkommende må ha bidratt på en måte som kvalifiserer til strafferettslig eller erstatningsrettslig medvirkningsansvar. Det 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.

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 § 7. Hvis det ikke er aktuelt å gi tillatelse til fortsatt bruk av forretningshemmeligheter mot rimelig vederlag etter § 7, 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 domstolens 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 foreligger 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 kunne 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 § 5 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 inngrepshandlinger. På samme måte som etter første ledd må et forbud etter annet ledd rette seg mot bestemt angitte handlinger det er grunn til å tro 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 gir domstolen 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 kjent slik at de mister vern som forretningshemmeligheter, eller at domstolen klarer å fastslå tidspunktet hvor inngriperen ville kommet frem til opplysningene med lovlige midler. Tidsbegrensede forbruksdommer må ses i sammenhengen med kravet om at håndhevingsmidler skal stå i et rimelig forhold til inngrepet, jf. direktivet artikkel 7.

Etter *fjerde ledd* er det et materielt vilkår for å få dom om forbud at innehaveren har tatt rettslige skritt mot inngriperen senest tre år etter at vedkommende fikk eller burde ha skaffet seg nødvendig kunnskap om inngrepet og inngriperen. Fristen gjennomfører direktivet artikkel 8. Departementets alminnelige merknader finnes i punkt 9.6.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 imidlertid en relativt streng undersøkelsesplikt som går noe lenger enn undersøkelsesplikten som følger av foreldelsesloven § 9. 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 fristen 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 holde opplysningene hemmelige er et av vilkårene for at opplysningene har vern som forretningshemmeligheter, jf. § 2 første ledd bokstav c. Innehaveren må forsøke å fremskaffe informasjon som kan avklare en eventuell mistanke, 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.

Reglene om fristavbrudd i foreldelsesloven §§ 15, 15a, 18 og 19 og reglene om virkning av fristavbrudd i §§ 21 til 23 gjelder tilsvarende så langt de passer.

Til § 6 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 12.4.3.

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. Bestemmelsen vil særlig ha selvstendig betydning for 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 tilby 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 saksøkte å benytte de endrede varene uten å komme i strid med innehaverens legitime interesser. Alternativet vil derfor i mange tilfeller være mindre inngripende for saksøkte 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 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.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

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 tredjepersoners 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 saksøkte 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 saksøkte påføres, mot innehaverens behov for forebyggende tiltak. Tredjepersoners interesser skal også inngå i forholdsmessighetsvurderingen. Tredjepersoner 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). Tredjepersoners 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 § 8. Det skal ikke tas hensyn til pålegg om avbøtende og forebyggende tiltak ved avgjørelsen av om innehaveren har rett til vederlag og erstatning eller 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 sin undersøkelsesplikt, men hvor kravet likevel ikke er bortfalt etter fristen i femte ledd.

Etter *femte ledd* er det et materielt vilkår for å få dom om korrigerende og forbyggende tiltak at fristen for rettslige skritt er overholdt. Fristen gjennomfører direktivet artikkel 8 og svarer til fristen etter § 5 fjerde ledd, og det vises til merknadene til denne. Departementets alminnelige merknader finnes i punkt 9.6.

Til § 7 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 § 5 og korrigerende eller forebyggende tiltak etter § 6 og forutsetter at vilkårene etter disse bestemmelsene er oppfylt. Se omtale i punkt 12.4.5.

Etter *første ledd* kan retten, i stedet for å legge forbud eller fastsette tiltak etter henholdsvis §§ 5 og 6, gi tillatelse til fortsatt bruk av forretningshemmeligheten mot rimelig vederlag til innehaveren og på passende vilkår for øvrig. Tillatelse kan bare gis når alle 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 tillatelse til bruk. En slik begrensning må likevel innfortolkes og synes forutsatt i direktivets fortale punkt 29. Formidling av en forretningshemmelighet svekker innehaverens kontroll over denne etter direktivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c. At risikoen for tap av vern er grunnleggende forskjellig ved henholdsvis bruk og formidling av forretningshemmeligheten er også lagt til grunn i direktivet artikkel 10 nr. 2. Bestemmelsen åpner for bruk, men ikke formidling, av forretningshemmeligheten 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 taper sin gode tro slik at etterfølgende bruk av forretningshemmeligheten utgjør et inngrep etter § 3 tredje ledd.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Etter *bokstav b* stilles det krav om at forbud etter § 5 eller gjennomføring av tiltak etter § 6 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 den utførte eller planlagte bruken som vil danne yttergrensen for hva slags og hvor omfattende bruk 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 varene og tjenestene 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 bruk av forretningshemmeligheten den gir rett til.

Annet ledd første punktum fastslår at vederlaget etter første ledd ikke skal overstige lisensavgiften som innehaveren med rimelighet kunne ha krevd i perioden hvor et forbud kunne blitt ilagt etter § 5. Bestemmelsen regulerer kun vederlagsutmålingen for tillatelse til fortsatt bruk. Innehaveren vil også ha krav på vederlag etter § 8 for inngrep i forretningshemmeligheten som skjer i tidsrommet etter at inngriperen fratras sin gode tro, og frem til det gis tillatelse etter § 7 første ledd. Det følger av *annet ledd annet punktum* at innehaverens krav på vederlag etter § 8 for dette tidsrommet skal fastsettes på samme måte.

Til § 8 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 13.6. Gjeldende rett oppfyller direktivets krav, og forslaget § 8 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 mest gunstig 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 § 8 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 i samme proposisjon punkt 8.4.

Til § 9 Straff

Bestemmelsen tar sikte på å videreføre straffeloven §§ 207 og 208, med visse tilføyelser. De alminnelige merknadene til bestemmelsen finnes i punkt 14.3 og 14.5. 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 straffansvaret der forretningshemmeligheten opprinnelig er tilegnet i aktsom god tro. Ved tap av den gode troen vil etterfølgende inngrep bare kunne sanksjoneres med straff hvis inngrepet er grovt. Bestemmelsen må sees i sammenheng med at § 7, jf. direktivet artikkel 13 nr. 3, åpner for tillatelse til fortsatt bruk mot vederlag der tilegnelsen opprinnelig skjedde i god tro. Straff er en mer alvorlig reaksjon enn tiltak etter §§ 5 og 6 og bør i utgangspunktet ikke komme til anvendelse på inngrep hvor det vil være uforholdsmessig å pålegge håndhevingsmidler etter §§ 5 og 6, jf. § 7 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. Bestemmelsen begrenser kun det personlige straffansvaret og er ikke til hinder for at foretaksstraff etter straffeloven kapittel 4 idøm-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

mes. Bestemmelsen viderefører markedsføringsloven § 48 sjette ledd.

Til § 10 Straff for grovt inngrep

Første ledd fastslår at den som begår grovt inngrep i forretningshemmeligheter etter §§ 3 og 4 straffes med bøter eller fengsel i inntil 3 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 § 11 Publisering av avgjørelser

Paragrafen gjennomfører forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 15 og delvis 7 nr. 2. De alminnelige merknadene finnes i punkt 15.6.

Bestemmelsen fastslår at retten i 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, plante-foredlerloven § 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 fellende dom i en sivil sak eller en straffesak. Etter alminnelige prosessregler kan retten bare pålegge formidling av dommen for inngriperens regning når det er nedlagt påstand om det. Innehaveren må begjære konkrete tiltak som retten finner rimelige for å avbøte følgene av inngrepet og å forebygge nye inngrep. 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. 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.

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

Til endringene i andre lover

Til opphevelsen av patentloven § 65:

Det foreslås å oppheve patentloven § 65 ettersom den foreslåtte endringen i tvisteloven § 22-12 gjør bestemmelsen overflødig.

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». Uttrykkene «forretnings- og driftshemmelighet» i prosesslovgivningen, «forretningshemmelighet» i straffeloven og «bedriftshemmelighet» i markedsføringsloven dekker i hovedsak samme kategorier av opplysninger, se punkt 5.1.1 og punkt 5.1.7.

Annet ledd krever 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 forklaringen. Bestemmelsen speiler endringene i tvisteloven § 22-12 tredje ledd og sikrer at vernet for forretningshemmeligheter i straffesaker er på samme nivå som i sivile saker. Se merknader til endringene i tvisteloven § 22-12 tredje ledd under, samt punkt 10.6 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.

Annet ledd fjerde punktum regulerer varigheten av forbud og påbud ilagt etter annet ledd annet punktum. Bestemmelsen tilsvarer endringene i tvisteloven § 22-12 fjerde ledd. Se merknader til endringene i tvisteloven § 22-12 fjerde ledd under

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

punkt 10.4.4 og punkt 10.4.6 i de generelle merknadene.

Til straffeloven §§ 207 og 208

Bestemmelsene i straffeloven §§ 207 og 208 oppheves som overflødige ved siden av straffehjemlene i forslaget §§ 9 og 10.

Til tvisteloven § 14-4

I bestemmelsen *tredje ledd bokstav a* endres uttrykket «drifts- og forretningshemmeligheter» til «forretningshemmeligheter» i tråd med endringene i tvisteloven § 22-10.

Til tvisteloven § 22-10

Bestemmelsen endres ved at uttrykket «drifts- eller forretningshemmeligheter» i paragrafoverskriften og «forretnings- eller driftshemmelighet» i lovteksten erstattes med ordet forretningshemmelighet. Lovendringen moderniserer ordlyden i bestemmelsen i tråd med ny lov om vern av forretningshemmeligheter og tidligere endringer i straffeloven, se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) punkt 2.20.5, og er ikke ment å endre gjeldende rett.

Det vises til gjennomgangen under punkt 5.1 som viser at uttrykkene «forretnings- og driftshemmelighet» i prosesslovgivningen, «forretningshemmelighet» i straffeloven og «bedriftshemmelighet» i markedsføringsloven i hovedsak skal dekke samme kategorier av opplysninger. Som omtalt i punkt 5.1.7 kan det synes som at det i praksis er lagt til grunn en noe videre forståelse av uttrykket i tilknytning til bevisfritaksregelen i prosesslovgivningen.

Til tvisteloven § 22-12

Nytt *tredje og fjerde ledd* gjennomfører direktivet artikkel 9. De generelle merknadene finnes i punkt 10.6.

Tvisteloven § 22-12 *tredje ledd første punktum* innfører en plikt for retten til å pålegge de tilstedeværende taushetsplikt og forbud mot bruk av forretningshemmeligheten som kan utledes av beviset i saker der bevis som omhandles i tvisteloven § 22-10 føres. Etter *tredje ledd annet punktum* har retten en skjønnsmessig adgang til å bestemme at muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører. Bevisføring for åpne dører vil imidlertid lett kunne svekke mulighetene for en effektiv håndheving av ilagt taushetsplikt, og innebærer en økt risiko for at forretningshemmeligheten går

tapt som følge av etterfølgende offentliggjøring. I tråd med gjeldende rett legges det derfor til grunn at kjennelse om lukkede dører vil være den klare hovedregelen, og at det bare helt unntaksvis er aktuelt å pålegge at det føres bevis om en forretningshemmelighet uten at retten samtidig trefrer kjennelse om 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 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 i særlige tilfeller begrense partenes adgang til å benytte rettslige medhjelpere etter § 3-7 til det retten anser som nødvendig. Terskelen for å ilegge slike begrensninger skal ligge høyt, og adgangen er begrenset til situasjoner hvor partens bruk av rettslige medhjelpere klart overstiger det som må anses nødvendig for ivaretagelse av partens interesser.

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

I *første ledd* innføres det en plikt for domstolene til å fastsette en søksmålsfrist når midlertidig forføyning besluttet til sikring av forretningshemmeligheter. De generelle merknadene finnes i punkt 11.6, jf. 11.4. Bestemmelsen gjennomfører 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 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 søksmålsfristen. Det følger av de alminnelige reglene i tvisteloven § 34-6 første ledd bokstav b at den midlertidig forføyningen faller bort uten opphevelse når saksøkeren er gitt en frist for å reise søksmål om kravet, og fristen oversittes.

Det følger av *annet ledd* at adgangen til å avverge ikrafttredelse og gjennomføring av midlertidig forføyning etter tvisteloven § 34-3 annet ledd sjette punktum ikke gjelder for midlertidig forføyning som forbyr formidling av forretningshemmeligheter. Bestemmelsen gjennomfører

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

direktivet artikkel 10 nr. 2 siste punktum. Det vises til omtale i punkt 11.6.

Justis- og beredskapsdepartementet

t i l r å r :

Til endringene i markedsføringsloven

Vernet for forretningshemmeligheter foreslås samlet i en ny lov, og markedsføringslovens regler om bedriftshemmeligheter i § 28 og tekniske hjelpemidler i § 29 foreslås opphevet. Det er i tillegg nødvendig å oppdatere henvisningene i loven §§ 48 og 48 b.

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet).

Vi **HARALD**, Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet) i samsvar med et vedlagt forslag.

A

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 opplysninger som

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

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

Med innehaver av en forretningshemmelighet menes en fysisk eller juridisk person som rettmessig råder over 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 gjenstander
- 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
- i strid med første ledd
- i anledning av et tjeneste-, tillitsverv- eller forretningsforhold
- 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 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 inngrep i en forretningshemmelighet når de har en utforming, egenskap eller funksjon eller produseres eller markedsføres på en måte som i vesentlig grad drar fordel av en forretningshemmelighet som er urettmessig tilegnet, brukt eller formidlet.

§ 5 *Forbud mot inngrep*

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

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

Forbud etter første og annet ledd kan gjøres tidsbegrenset.

Forbud kan idømmes hvis innehaveren har tatt rettslige skritt mot inngriperen senest tre år etter at vedkommende fikk eller burde ha skaffet seg nødvendig kunnskap om inngrepet og inngriperen. Reglene om fristavbrudd i foreldelsesloven §§ 15, 15 a, 18 og 19 og om virkning av fristavbrudd i §§ 21 til 23 gjelder tilsvarende.

§ 6 *Korrigerende og forebyggende tiltak*

For å avbøte virkningene av et inngrep eller for å hindre nye inngrep i en forretningshemmelighet kan retten så langt det finnes rimelig gi pålegg om korrigerende og forebyggende tiltak. Slikt pålegg kan gå ut på at dokumenter eller gjenstander som inneholder forretningshemmelighe-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

ten, skal ødelegges eller utleveres 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 være forholdsmessig. Det skal blant annet tas hensyn til inngrepets alvorlighet, virkningene av tiltakene og tredjepersoners interesser.

Pålegg om tiltak skal ikke være betinget av at innehaveren av forretningshemmeligheten yter kompensasjon til den tiltaket retter seg mot, og påvirker ikke innehaverens rett til vederlag eller erstatning etter § 8. Tiltak skal gjennomføres for inngriperens regning hvis ikke særlige grunner taler mot det.

Pålegg om tiltak kan idømmes hvis innehaveren har tatt rettslige skritt mot inngriperen senest tre år etter at vedkommende fikk eller burde ha skaffet seg nødvendig kunnskap om inngrepet og inngriperen. Reglene om fristavbrudd i foreldelsesloven §§ 15, 15 a, 18 og 19 og om virkning av fristavbrudd i §§ 21 til 23 gjelder tilsvarende.

§ 7 Fortsatt bruk mot rimelig vederlag

I stedet for forbud etter § 5 og pålegg etter § 6 kan retten gi inngriperen tillatelse til fortsatt bruk av forretningshemmeligheten mot rimelig vederlag til innehaveren av forretningshemmeligheten 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 § 5 eller pålegg etter § 6 vil påføre inngriperen uforholdsmessig skade
- c) vederlag til innehaveren fremstår som en rimelig løsning

Vederlaget etter første ledd skal ikke overstige lisensavgiften innehaveren med rimelighet kunne krevd i perioden hvor bruken kan forbys. Vederlag etter § 8 fastsettes på samme måte for perioden frem til domsavsigelsen.

§ 8 Vederlag og erstatning

For forsettlig eller uaktsomt inngrep, jf. §§ 3 eller 4, skal inngriperen betale innehaveren av for-

retningshemmeligheten vederlag eller erstatning som fastsettes etter det av følgende grunnlag som er mest gunstig for innehaveren:

- a) vederlag som tilsvarende en rimelig lisensavgift for bruken, samt erstatning for skade som følge av inngrepet som ikke ville oppstått ved lisensiering
 - b) erstatning for skade som følge av inngrepet
 - c) vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved inngrepet
- Første ledd gjelder tilsvarende ved medvirkning til inngrep.

§ 9 Straff

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

Var inngriperen i aktsom god tro ved tilegnelsen av forretningshemmeligheten, jf. § 7 første ledd bokstav a, kommer straff bare til anvendelse for grove inngrep, jf. § 10.

Straff kommer ikke til anvendelse ved inngrep som nevnt i § 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.

§ 10 Straff for grovt inngrep

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

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

§ 11 Publisering av informasjon om dommer

Retten kan i dom i sak om inngrep i forretningshemmeligheter bestemme at informasjon om dommen skal formidles på passende måte for inngriperens regning for å avbøte følgene av inngrepet og for å forebygge nye inngrep. Dette gjelder tilsvarende ved medvirkning til inngrep og i tilfeller som nevnt i § 5 annet ledd.

§ 12 Ikrafttredelse og overgangsregler

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer.

Loven §§ 5 til 11 gjelder for inngrep som finner sted etter at loven har trådt i kraft.

Kongen kan gi nærmere overgangsregler.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

§ 13 Endringer i andre lover

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

1. I lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter oppheves § 65.
2. 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 pålegge de tilstedeværende taushetsplikt og forbud mot bruk av forretningshemmeligheten som kan utledes av forklaringen. Retten kan bestemme at forklaringen bare skal meddeles den selv og partene i møte for lukkede dører. Forbud og påbud etter annet punktum 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.
3. I lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff oppheves §§ 207 og 208.
4. I lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister gjøres følgende endringer:

§ 14-4 tredje ledd bokstav a skal lyde:
a) forretningshemmeligheter,

§ 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 nye tredje og fjerde ledd skal lyde:

(3) Når bevis omhandlet i § 22-10 føres etter pålegg fra retten, skal retten pålegge de tilstedeværende taushetsplikt og forbud mot bruk av for-

retningshemmeligheten som kan utledes av beviset. Retten kan bestemme at muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører. Retten kan i særlige tilfeller begrense partenes adgang til å benytte rettslige medhjelpere etter § 3-7 til det retten anser nødvendig.

(4) Forbud og påbud etter tredje ledd første punktum 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*

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

(2) § 34-3 annet ledd sjetten punktum gjelder ikke for midlertidig forføyning som forbyr formidling av forretningshemmeligheter.

5. 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 sjetten ledd oppheves.

§ 48 b første ledd første punktum innledningen skal lyde:

For forsettlig eller uaktsom overtredelse av § 30 skal overtrederen betale til den forurettede:

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

B

Forslag

til vedtak om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Stortinget samtykker til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv

(EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet).

Vedlegg 1

EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII (Opphavsrett)

EØS-KOMITEEN HAR –

under henvisning til avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, heretter kalt EØS-avtalen, særlig artikkel 98,

og på følgende bakgrunn:

- 1) Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og utlevering¹ skal innlemmes i EØS-avtalen.
- 2) EØS-avtalens vedlegg XVII bør derfor endres –

TRUFFET DENNE BESLUTNING:

Artikkel 1

I EØS-avtalens vedlegg XVII, etter nr. 12 (europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2017/1128), skal nytt nr. 13 lyde:

«13. **32016L0943**: Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og utlevering (EUT L 157 av 15.6.2016, s. 1).

Direktivets bestemmelser skal for denne avtales formål gjelde med følgende tilpasning:

- a) I artikkel 1 nr. 1 skal ordet 'TEUV', når det gjelder EFTA-statene, forstås som 'EØS-avtalen'.
- b) Henvisning i artikkel 1 nr. 2 bokstav a) og artikkel 5 bokstav a) til 'retten til ytrings- og informasjonsfrihet som fastsatt i pakten' skal, når det gjelder EFTA-statene, forstås som 'den grunnleggende retten til ytrings- og informasjonsfrihet'.
- c) I artikkel 1 nr. 2 bokstav b) og c) skal ordene 'unionsregler eller nasjonale regler', når det

gjelder EFTA-statene, forstås som 'EØS-regler eller nasjonale regler'.

- d) Henvisning i artikkel 1 nr. 2 bokstav c) til 'unionsinstitusjoner og -organer' skal, når det gjelder EFTA-statene, forstås slik at de også omfatter 'EØS-EFTA-institusjoner og -organer'.
- e) I artikkel 1 nr. 2 bokstav c) og nr. 3 bokstav c), artikkel 3 nr. 2 og artikkel 5 bokstav c) og d) skal ordene 'unionsretten eller nasjonal rett', når det gjelder EFTA-statene, forstås som 'EØS-rett eller nasjonal rett'.
- f) I artikkel 1 nr. 2 bokstav d) og artikkel 3 nr. 1 bokstav c) skal ordene 'unionsretten og nasjonal rett og praksis', når det gjelder EFTA-statene, forstås som 'EØS-rett og nasjonal rett og praksis'.»

Artikkel 2

Teksten til direktiv (EU) 2016/943 på islandsk og norsk, som skal kunngjøres i EØS-tillegget til *Den europeiske unions tidende*, skal gis gyldighet.

Artikkel 3

Denne beslutning trer i kraft 30. mars 2019, forutsatt at alle meddelelser etter EØS-avtalens artikkel 103 nr. 1 er inngitt².

Artikkel 4

Denne beslutning skal kunngjøres i EØS-avdelingen av og EØS-tillegget til *Den europeiske unions tidende*.

Utferdiget i Brussel, 29. mars 2019.

For EØS-komiteen
Claude Maerten
 Formann

¹ EUT L 157 av 15.6.2016, s. 1.

² Forfatningsrettslige krav angitt.

Vedlegg 2

Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/943 av 8. juni 2016 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling

EUROPAPARLAMENTET OG RÅDET FOR DEN EUROPEISKE UNION HAR

under henvisning til traktaten om Den europeiske unions virkemåte, særlig artikkel 114,

under henvisning til forslag fra Europakommisjonen,

etter oversending av utkast til regelverksakt til de nasjonale parlamentene,

under henvisning til uttalelse fra Den europeiske økonomiske og sosiale komité⁽¹⁾,

etter den ordinære regelverksprosessen⁽²⁾ og ut fra følgende betraktninger:

1) Foretak og ikke-kommersielle forskningsinstitusjoner investerer i tilegnelse, utvikling og bruk av knowhow og opplysninger, som er kunnskapsøkonomiens valuta og gir et konkurransefortrinn. Slik investering i å skape og anvende intellektuell kapital er av avgjørende betydning for deres konkurransevne og innovasjonsrelaterte ytelse i markedet, og derfor også for deres investeringsavkastning, som er den underliggende drivkraften for forskning og utvikling i foretak. Foretak anvender ulike metoder for å beskytte resultatene av sin virksomhet knyttet til innovasjon når åpenhet ikke gjør det mulig fullt ut å utnytte deres investering i forskning og innovasjon. Et slikt middel er bruk av immaterialrettigheter, for eksempel patenter, mønsterrettigheter eller opphavsrett. Et annet middel for å utnytte resultatene av innovasjon er å beskytte tilgangen til og utnytte kunnskap som er verdifull for foretaket og ikke er allment kjent. Verdifull knowhow og verdifulle forretningsopplysninger, som er og skal forbli fortrolige, kalles forretningshemmeligheter.

2) Foretak av alle størrelser verdsetter forretningshemmeligheter like høyt som patenter og andre former for immaterialrettigheter. De bruker fortrolighet som et redskap for å styre foretakenes konkurransevne og forskningsinnovasjon, og i forbindelse med en rekke ulike opplysninger som i tillegg til teknologisk kunnskap også omfatter forretningsdata, slik som opplysninger om kunder og leverandører, forretningsplaner, og markedsundersøkelser og markedsstrategier. Små og mellomstore bedrifter (SMB-er) verdsetter forretningshemmeligheter i enda større grad og er mer avhengige av dem. Ved å beskytte et så bredt spekter av knowhow og forretningsopplysninger, enten i tillegg til eller i stedet for immaterialrettigheter, gjør forretningshemmeligheter det mulig for frembringere og innovatører å oppnå fortjeneste av sin frambringelse eller innovasjon, og er derfor særlig viktige for foretaks konkurransevne, for forskning og utvikling samt for deres innovasjonsrelaterte prestasjon.

3) Åpen innovasjon er en katalysator for nye ideer som dekker forbrukeres behov og adresserer samfunnsutfordringer, og gjør det mulig for disse ideene å nå ut til markedet. Slik innovasjon er et viktig middel for å skape ny kunnskap, og ligger til grunn for utviklingen av nye og innovative forretningsmodeller basert på bruk av kunnskap som er frambrakt i fellesskap. Forskningssamarbeid, herunder samarbeid over landegrensene, er særlig viktig for å øke foretakenes forskning og utvikling i det indre marked. Spredningen av kunnskap og opplysninger bør anses som avgjørende for å sikre dynamiske, positive og like muligheter for forretningsutvikling, særlig for SMB-er. I et indre marked der hindringene for samarbeid over landegrensene er redusert til et minimum, og der samarbeid ikke forvanskes, bør

¹ EUT C 226 av 16.7.2014, s. 48.

² Europaparlamentets holdning av 14. april 2016 (ennå ikke offentliggjort i EUT) og rådsbeslutning av 27. mai 2016.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

intellektuell frambringelse og innovasjon oppmuntre til investering i innovative prosesser, tjenester og produkter. Et slikt miljø som fremmer intellektuell frambringelse og innovasjon, og der arbeidstakeres mobilitet ikke hindres, er også viktig for å øke sysselsettingen og forbedre Unionens økonomiske konkurransevne. Forretningshemmeligheter spiller en viktig rolle når det gjelder å beskytte utvekslingen av kunnskap mellom foretak, herunder særlig SMB-er, og forskningsinstitusjoner både innenfor og over grensene for det indre marked, i forbindelse med forskning, utvikling og innovasjon. Forretningshemmeligheter er en av de vanligst benyttede formene for beskyttelse av intellektuell frambringelse og innovativ knowhow blant foretak, men samtidig er det de som har den svakest beskyttelsen etter Unionens eksisterende regelverk mot andre parters ulovlige tilegnelse, bruk eller formidling.

- 4) Innovative foretak blir stadig mer utsatt for ureddelig praksis med sikte på urettmessig tilegnelse av forretningshemmeligheter, slik som tyveri, kopiering uten tillatelse, økonomisk spionasje eller brudd på fortrolighetskrav, både i og utenfor Unionen. Den seneste utviklingen, for eksempel globaliseringen, økt utkontraktering, lengre forsyningskjeder og den økte bruken av informasjons- og kommunikasjonsteknologi, bidrar til å øke risikoen for slik praksis. Ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet hindrer at rettmessige innehavere av forretningshemmeligheter får de fordelene av innovasjonsinnsatsen som tilfaller den som er først på markedet. Uten effektive og sammenlignbare rettslige midler for å beskytte forretningshemmeligheter i hele Unionen, undergraves incentiver til å delta i grenseoverskridende innovasjonsrelaterte aktiviteter i det indre marked, og forretningshemmeligheters potensial som drivkraft for økonomisk vekst og sysselsetting blir ikke utnyttet. Dette motvirker innovasjon og kreativitet og fører til reduserte investeringer, noe som påvirker det indre markedes virkemåte og undergraver dets vekstfremmende potensial.
- 5) Internasjonal innsats for å løse dette problemet innenfor rammen av Verdens handelsorganisasjon førte til inngåelsen av avtalen om handelsrelaterte sider ved immaterialrettigheter (TRIPS-avtalen). TRIPS-avtalen inneholder blant annet bestemmelser om beskyttelse av forretningshemmeligheter mot tredjepersons

ulovlige tilegnelse, bruk eller formidling, som er felles internasjonale standarder. Alle medlemsstater og Unionen er bundet av denne avtalen, som ble godkjent ved rådsbeslutning 94/800/EF⁽³⁾.

- 6) Til tross for TRIPS-avtalen er det store forskjeller i medlemsstatenes lovgivning om beskyttelse av forretningshemmeligheter mot andre personers ulovlige tilegnelse, bruk eller formidling. For eksempel har ikke alle medlemsstater vedtatt nasjonale definisjoner av forretningshemmelighet eller av ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter, og derfor er kunnskap om omfanget av beskyttelsen ikke lett tilgjengelig, og dette omfanget varierer mellom medlemsstatene. Videre er det ingen konsistens med hensyn til tilgjengelige sivilrettslige midler i tilfelle av ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter, ettersom pålegg om opphør og forbud mot videre utnyttelse ikke alltid er tilgjengelig i alle medlemsstater overfor tredjepersoner som ikke konkurrerer med den rettmessige innehaveren av en forretningshemmelighet. Det er også forskjeller når det gjelder medlemsstatenes behandling av en tredjeperson som har tilegnet seg en forretningshemmelighet i god tro, men som deretter på brukstidspunktet oppdager at tilegnelsen bygger på en annen parts tidligere ulovlige tilegnelse.
- 7) Nasjonale regler varierer også med hensyn til om rettmessige innehavere av forretningshemmeligheter kan kreve at varer produsert av tredjeperson som bruker forretningshemmeligheter ulovlig, skal tilintetgjøres, eller at dokumenter, filer eller materiale som inneholder eller utgjør den ulovlig tilegnede eller brukte forretningshemmeligheten, skal leveres tilbake eller tilintetgjøres. Videre tar gjeldende nasjonale regler for beregning av skadeserstatning ikke alltid hensyn til forretningshemmelighetenes immaterielle natur, som gjør det vanskelig å dokumentere den faktisk tapte fortjenesten eller inngriperes uberettigede gevinst i tilfeller der de berørte opplysningenes markedsverdi ikke kan fastsettes. Bare et fåtall medlemsstater tillater anvendelse av abstrakte regler for beregning av skadeserstatning på grunnlag av en rimelig lisens-

³ Rådsbeslutning 94/800/EF av 22. desember 1994 om inngåelse på vegne av Det europeiske fellesskap, på områder som faller inn under dets myndighet, av avtalene som ble oppnådd i Uruguay-rundens multilaterale forhandlinger (1986–1994) (EFT L 336 av 23.12.1994, s. 1).

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

avgift eller vederlag som skulle vært betalt dersom det var gitt tillatelse til å bruke forretningshemmeligheten. Dessuten tilbyr mange nasjonale regler ikke tilstrekkelig beskyttelse av en forretningshemmelighets fortrolighet når innehaveren av forretningshemmeligheten fremmer et krav som følgeen tredjepersons påståtte ulovlige tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten, noe som gjør de eksisterende tiltakene og rettsmidlene mindre tiltrekkende og svekker beskyttelsen som tilbys.

- 8) Forskjellene i medlemsstatenes bestemmelser om rettslig vern for forretningshemmeligheter innebærer at forretningshemmeligheter ikke har samme beskyttelsesnivå i hele Unionen, noe som fører til en oppsplitting av det indre marked på dette området, og en svekkelse av de relevante reglenes generelle avskrekkende virkning. Det indre marked påvirkes ved at slike forskjeller reduserer foretakenes insentiver til å gjennomføre økonomisk virksomhet knyttet til innovasjon over landegrensene, herunder forskningssamarbeid eller produksjons-samarbeid med partnere, utkontraktering eller investeringer i andre medlemsstater, som avhenger av bruk av opplysninger som er beskyttet som forretningshemmeligheter. Tverrnasjonal nettverksbasert forskning og utvikling samt virksomhet knyttet til innovasjon, herunder tilknyttet produksjon og etterfølgende handel over landegrensene, blir mindre attraktivt og vanskeligere å gjennomføre i Unionen, noe som også fører til innovasjonsrelatert ineffektivitet i hele Unionen.
- 9) I tillegg er risikoen høyere for foretak i medlemsstater som har forholdsvis lavere nivå for vern, ettersom forretningshemmeligheter lettere kan bli stjålet eller tilegnet på annen ulovlig måte. Dette fører til ineffektiv fordeling av kapital til vekstfremmende innovasjon i det indre marked på grunn av høyere kostnader for beskyttelsestiltak for å kompensere for utilstrekkelig rettslig vern i noen medlemsstater. Det gagnar også virksomheten til illojale konkurrenter som, etter å ha tilegnet seg forretningshemmeligheter på ulovlig måte, kan spre varer som er resultat av slik tilegnelse, i hele det indre marked. Forskjeller i lovgivningen gjør det også lettere å importere varer fra tredjestater til Unionen gjennom tilførselspunkter med svakere beskyttelse, når utformingen, produksjonen eller markedsføringen av disse varene er basert på forretningshemmeligheter som er stjålet eller tilegnet på annen ulovlig

måte. Alt tatt i betraktning kan slike forskjeller hindre et velfungerende indre marked.

- 10) Det er hensiktsmessig å fastsette regler på unionsplan for tilnærming av medlemsstatenes lovgivning for å sikre at det finnes et tilstrekkelig og ensartet nivå av sivilrettslige håndhevingsmidler i det indre marked i tilfelle av ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet. Disse reglene bør ikke berøre medlemsstatenes mulighet til å gi mer omfattende beskyttelse mot ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter, så lenge de beskyttelsestiltakene som er uttrykkelig fastsatt i dette direktiv for å beskytte andre parters interesser, respekteres.
- 11) Dette direktiv bør ikke berøre anvendelsen av unionsregler eller nasjonale regler som krever at det utleveres opplysninger, herunder forretningshemmeligheter, til offentligheten eller til offentlige myndigheter. Det bør heller ikke berøre anvendelsen av regler som tillater at offentlige myndigheter samler inn opplysninger for å kunne utføre sine oppgaver, eller regler som tillater eller krever at disse offentlige myndighetene senere utleverer relevante opplysninger til offentligheten. Slike regler omfatter særlig regler for unionsinstitusjonenes og -organenes eller nasjonale offentlige myndigheters utlevering av foretaksrelaterte opplysninger som de innehar i henhold til europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1049/2001⁽⁴⁾, europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1367/2006⁽⁵⁾ og europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/4/EF⁽⁶⁾, eller i henhold til andre regler for offentlig tilgang til dokumenter eller for gjennomsluktighetskravene som stilles til nasjonale offentlige myndigheter.
- 12) Dette direktiv bør ikke berøre retten som partene i arbeidslivet har til å inngå tariffavtaler etter arbeidsretten, når det gjelder en forplik-

⁴ Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1049/2001 av 30. mai 2001 om offentlig tilgang til Europaparlamentets, Rådets og Kommisjonens dokumenter (EFT L 145 av 31.5.2001, s. 43).

⁵ Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1367/2006 av 6. september 2006 om anvendelse på fellesskapsinstitusjoner og -organer av bestemmelsene i Århus-konvensjonen om tilgang til miljøinformasjon, allmenn deltakelse i beslutningsprosesser og tilgang til rettsmidler i saker vedrørende miljø (EUT L 264 av 25.9.2006, s. 13).

⁶ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/4/EF av 28. januar 2003 om offentlig tilgang til miljøinformasjon, og om oppheving av rådsdirektiv 90/313/EØF (EUT L 41 av 14.2.2003, s. 26).

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

telse til ikke å formidle en forretningshemmelighet eller til å begrense bruken av den og følgene av at den part som har en slik forpliktelse, ikke oppfyller den. Dette bør bare gjelde dersom en slik tariffavtale ikke begrenser unnatakene fastsatt i dette direktiv når en anmodning om tiltak, framgangsmåter eller rettsmidler som er fastsatt i dette direktiv, for påstått tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter skal avslås.

- 13) Dette direktiv bør ikke oppfattes som en begrensning av etableringsadgangen, den frie bevegelse for arbeidstakere eller arbeidstakeres mobilitet som fastsatt i unionsretten. Det er heller ikke hensikten at det skal berøre muligheten til å inngå avtaler om konkurranseforbud mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, i samsvar med gjeldende lovgivning.
- 14) Det er viktig å fastsette en ensartet definisjon av begrepet «forretningshemmelighet» uten å begrense gjenstanden som skal beskyttes mot urettmessig tilegnelse. En slik definisjon bør derfor utformes slik at den dekker knowhow, forretningsopplysninger og teknologiske opplysninger i tilfeller der det finnes både en rettmessig interesse i å behandle dem fortrolig og en berettiget forventning om at fortroligheten bevares. Videre bør slik knowhow eller informasjon ha en faktisk eller potensiell kommersiell verdi. Slik knowhow eller informasjon bør anses å ha en kommersiell verdi for eksempel når ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av den vil kunne skade interessene til personen som lovlig kontrollerer den, ved at det undergraver denne personens vitenskapelige og tekniske potensial, forretningsinteresser eller økonomiske interesser, strategiske stilling eller konkurranseevne. Definisjonen av forretningshemmeligheter omfatter ikke uvesentlige opplysninger og erfaring og ferdigheter som arbeidstakere oppnår innenfor det normale løpet av deres ansettelsesforhold, og omfatter heller ikke opplysninger som er allment kjent blant eller lett tilgjengelige for personer i kretser der det er vanlig å behandle den berørte typen opplysninger.
- 15) Det er også viktig å identifisere under hvilke omstendigheter rettslig vern for forretningshemmeligheter er berettiget. Det er derfor nødvendig å fastsette hva slags atferd og praksis som skal anses som ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet.
- 16) For å fremme innovasjon og konkurranse bør bestemmelsene i dette direktiv ikke skape

noen form for enerett til knowhow eller opplysninger som er beskyttet som forretningshemmeligheter. Dermed bør det fortsatt være mulig å gjøre uavhengige oppdagelser av samme knowhow eller samme opplysninger. Omvendt konstruksjon («reverse engineering») av et lovlig tilegnet produkt bør anses som en lovlig måte å tilegne opplysninger på, med mindre annet er fastsatt ved avtale. Adgangen til å inngå slike avtaler kan imidlertid være rettslig begrenset.

- 17) I enkelte industrisektorer der frembringere og innovatører ikke kan dra fordel av enerett og der innovasjon tradisjonelt har vært basert på forretningshemmeligheter, kan omvendt konstruksjon i dag lett anvendes på produkter når de har kommet på markedet. I slike tilfeller kan disse frembringere og innovatørene bli ofre for praksis som for eksempel piratkopiering eller slaviske etterligninger som snylter på deres omdømme og innovasjonsinnsats. Slike praksiser behandles i visse nasjonale lover om illojal konkurranse. Selv om dette direktiv ikke som formål å reformere eller harmonisere lovgivningen om illojal konkurranse i alminnelighet, vil det være hensiktsmessig at Kommisjonen foretar en grundig undersøkelse av behovet for unionstiltak på dette området.
- 18) Videre bør tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter, når det er pålagt eller tillatt ved lov, behandles som lovlig for dette direktivs formål. Dette gjelder særlig tilegnelse og formidling av forretningshemmeligheter i forbindelse med utøvelsen av arbeidstakerrepresentanters rett til informasjon, konsultasjon og deltakelse i samsvar med unionsretten og nasjonal rett og praksis, og kollektivt vern av arbeidstakeres og arbeidsgiveres interesser, herunder medbestemmelse, samt tilegnelse eller formidling av en forretningshemmelighet i forbindelse med lovbestemt revisjon utført i samsvar med unionsretten eller nasjonal rett. At tilegnelsen av en forretningshemmelighet behandles som lovlig, bør ikke berøre en eventuell taushetsplikt med hensyn til forretningshemmeligheten eller eventuelle begrensninger med hensyn til bruken av den, som unionsretten eller nasjonal rett pålegger den som mottar eller tilegner seg opplysningene. Særlig bør dette direktiv ikke fritta offentlige myndigheter fra deres taushetsplikt med hensyn til de opplysningene som formidles videre av innehavere av forretningshemmeligheter, uavhengig av om forpliktet-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

sene er fastsatt i unionsretten eller nasjonal lovgivning. Denne taushetsplikten omfatter blant annet forpliktelsene med hensyn til opplysningene som oversendes til offentlige oppdragsgivere i forbindelse med framgangsmåter ved tildeling av kontrakter, som fastsatt i blant annet europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU⁽⁷⁾, europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU⁽⁸⁾ og europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/25/EU⁽⁹⁾.

- 19) Samtidig som dette direktiv fastsetter tiltak og rettsmidler som kan bestå i å hindre formidling av opplysninger for å beskytte forretningshemmeligheters fortrolighet, er det avgjørende at utøvelsen av retten til yrings- og informasjonsfrihet, som omfatter pressefrihet og mediemangfold i henhold til artikkel 11 i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter (heretter kalt «pakten»), ikke begrenses, særlig med hensyn til undersøkende journalistikk og vern for journalistiske kilder.
- 20) Tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er fastsatt i dette direktiv, bør ikke begrense varsling. Beskyttelsen av forretningshemmeligheter bør derfor ikke omfatte tilfeller der formidlingen av en forretningshemmelighet tjener allmennhetens interesse ved at direkte relevant forsømmelse, klanderverdige opptreden eller ulovlig virksomhet avdekkes. Dette bør ikke anses å hindre vedkommende rettsmyndigheter i å tillate unntak fra anvendelsen av tiltak, framgangsmåter og rettsmidler i en sak der saksøkte hadde all grunn til å være i god tro om at hans eller hennes atferd oppfylte de relevante kriteriene i dette direktiv.
- 21) I tråd med forholdsmessighetsprinsippet bør tiltak, framgangsmåter og rettsmidler som er beregnet på å beskytte forretningshemmeligheter, tilpasses for å nå målet om et velfungerende indre marked for forskning og innovasjon, særlig ved å virke avskrekkende mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling av en forretningshemmelighet. En slik tilpassing av

tiltak, framgangsmåter og rettsmidler bør ikke sette i fare eller undergrave grunnleggende rettigheter og friheter eller allmennhetens interesse, for eksempel offentlig sikkerhet, forbrukervern, folkehelse og miljøvern, og bør ikke berøre arbeidstakeres mobilitet. I denne forbindelse er formålet med de tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er fastsatt i dette direktiv, å sikre at vedkommende rettsmyndigheter tar hensyn til faktorer som blant annet verdien av en forretningshemmelighet, alvorlighetsgraden av atferden som fører til den ulovlige tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten, og virkningen av slik atferd. Det bør også sikres at vedkommende rettsmyndigheter kan foreta en avveining av interessene til partene i rettsprosessen, samt interessene til tredjeperson, herunder eventuelt forbrukere.

- 22) Dersom de fastsatte tiltakene, framgangsmåtene og håndhevingsmidlene anvendes for urettmessige formål som er uforenlige med målene for dette direktiv, vil det undergrave et velfungerende indre marked. Det er derfor viktig å gi rettsmyndigheter myndighet til å treffe egnede tiltak med hensyn til saksøkere som opptrer utilbørlig eller i ond tro og anlegger åpenbart grunnløse søksmål, for eksempel med sikte på urettmessig å forsinke eller begrense saksøktes markedsadgang eller på annen måte true eller trakassere saksøkte.
- 23) Av hensyn til rettslig klarhet og tatt i betraktning at rettmessige innehavere av forretningshemmeligheter forventes å oppfylle en akt-somhetsplikt når det gjelder å bevare fortroligheten av sine verdifulle forretningshemmelighetenes og overvåke bruken av dem, er det hensiktsmessig å begrense materielle krav eller muligheten til å iverksette tiltak for å beskytte forretningshemmeligheter til et begrenset tidsrom. Nasjonal rett bør også klart og utvetydig angi fra hvilket tidspunkt dette tidsrommet skal regnes, og under hvilke omstendigheter dette tidsrommet skal avbrytes eller utsettes.
- 24) Muligheten for at en forretningshemmelighets fortrolighet går tapt i forbindelse med rettsprosesser, avskrekker ofte rettmessige innehavere av forretningshemmeligheter fra å innlede rettsprosesser for å forsvare sine forretningshemmeligheter, noe som kan føre til at de fastsatte tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene blir mindre effektive. Av denne grunn er det, med forbehold for egnede beskyttelsestiltak som sikrer retten til effektiv

⁷ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter (EUT L 94 av 28.3.2014, s. 1).

⁸ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF (EUT L 94 av 28.3.2014, s. 65).

⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp som gjøres av foretak på området vann- og energiforsyning, transport og posttjenester og om oppheving av direktiv 2004/17/EF (EUT L 94 av 28.3.2014, s. 243).

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

- klageadgang og til rettferdig rettergang, nødvendig å fastsette særlige krav med sikte på å beskytte den omstridte forretningshemmelighetens fortrolighet i forbindelse med rettsprosesser som innledes for å forsvare den. En slik beskyttelse bør fortsatt gjelde etter at rettsprosessen er avsluttet, og så lenge opplysningene som utgjør forretningshemmeligheten, ikke er offentlig tilgjengelige.
- 25) Slike krav bør minst omfatte muligheten til å begrense kretsen av personer som har rett til å få tilgang til beviser eller adgang til rettsmøter, med tanke på at alle disse personene bør være underlagt fortrolighetskravene fastsatt i dette direktiv, og muligheten til å offentliggjøre bare de delene av rettsavgjørelser som ikke er fortrolige. Med tanke på at en vurdering av arten av opplysningene som er gjenstand for en tvist, er et av hovedformålene med rettsprosesser, er det i denne sammenheng særlig viktig å sikre både en effektiv beskyttelse av forretningshemmeligheters fortrolighet og respekt for partenes rett til effektiv klageadgang og til rettferdig rettergang. Den begrensede kretsen av personer bør derfor bestå av minst én fysisk person fra hver av partene samt deres respektive advokater, og eventuelt andre representanter som i samsvar med nasjonal rett er kvalifiserte til å forsvare, representere eller ivareta interessene til en part i en rettsprosess som omfattes av dette direktiv, som alle bør ha full tilgang til slike beviser eller full adgang til slike rettsmøter. Dersom en av partene er en juridisk person, bør vedkommende kunne foreslå en eller flere fysiske personer som bør inngå i den kretsen av personer slik at det sikres at den juridiske personen er tilstrekkelig representert, med forbehold for egnet domstolskontroll for å hindre at formålet med å begrense tilgangen til beviser og adgangen til rettsmøter undergraves. Slike beskyttelsestiltak bør ikke oppfattes som et krav om at partene skal være representert ved en advokat eller en annen representant i løpet av rettsprosessen, når slik representasjon ikke kreves i henhold til nasjonal rett. De bør heller ikke oppfattes som en begrensning av domstolens myndighet til i samsvar med gjeldende regler og praksis i den berørte medlemsstat å beslutte hvorvidt og i hvilken utstrekning relevante tjenestemenn ved domstolene også bør ha full tilgang til beviser og full adgang til rettsmøter i forbindelse med utøvelsen av sine oppgaver.
- 26) En tredjepersons ulovlige tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet kan få ødeleggende virkninger for den rettmessige innehaveren av forretningshemmeligheten, ettersom det når hemmeligheten først er offentliggjort, vil være umulig for innehaveren å gå tilbake til den situasjonen som forelå før forretningshemmeligheten gikk tapt. Det er derfor viktig å fastsette raske, effektive og tilgjengelige midlertidige tiltak for øyeblikkelig å bringe den ulovlige tilegnelsen, bruken eller formidlingen av en forretningshemmelighet til opphør, herunder når den brukes i forbindelse med tjenesteyting. Det er avgjørende at et slikt tiltak gjøres tilgjengelig uten at det må foreligge en realitetsavgjørelse, med behørig respekt for retten til forsvar og forholdsmessighetsprinsippet, og idet det tas hensyn til omstendighetene i saken. I visse tilfeller bør det være mulig å tillate at den påståtte inngriperen, forutsatt at det gis en eller flere garantier, kan fortsette å bruke forretningshemmeligheten, særlig dersom det er liten risiko for at den blir offentlig tilgjengelig. Det bør også være mulig å kreve garantier som er tilstrekkelige til å dekke de kostnadene og skadene som saksøkte blir påført ved et uberettiget søksmål, særlig når en forsinkelse vil påføre den rettmessige innehaveren av en forretningshemmelighet uopprettelig skade.
- 27) Av samme grunner er det også viktig å fastsette endelige tiltak for å hindre ulovlig bruk eller formidling av en forretningshemmelighet, herunder når den brukes i forbindelse med tjenesteyting. For at slike tiltak skal være effektive og forholdsmessige, bør deres varighet, dersom omstendighetene krever en tidsbegrensning, være tilstrekkelig til å fjerne en eventuell forretningsmessig fordel som tredjeperson kan ha fått gjennom den ulovlige tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten. Under alle omstendigheter bør ingen tiltak av denne typen håndheves dersom opplysningene som opprinnelig var omfattet av forretningshemmeligheten, er blitt offentlig tilgjengelige av grunner som ikke kan tilskrives saksøkte.
- 28) En forretningshemmelighet vil kunne bli brukt ulovlig til å utforme, produsere eller markedsføre varer eller varedeler som kan spres i hele det indre marked, og dermed påvirke forretningsinteressene til innehaveren av en forretningshemmelighet og det indre markeds virkemåte. I slike tilfeller, og når den berørte forretningshemmeligheten har en

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

betydelig innvirkning på kvaliteten på, verdien av eller prisen på varene som er resultat av den ulovlige bruken, eller reduserer kostnaden for, letter eller framskynder produksjons- eller markedsføringsprosessene for dem, er det viktig at rettsmyndighetene gis myndighet til å pålegge effektive og egnede tiltak for å sikre at disse varene ikke kommer på markedet, eller at de trekkes tilbake fra markedet. Med tanke på handelens globale art er det også nødvendig at slike tiltak omfatter forbud mot import av slike varer til Unionen eller mot lagring av dem med sikte på å tilby dem for salg eller plassering på markedet. Idet det tas hensyn til forholdsmessighetsprinsippet bør korrigerende tiltak ikke nødvendigvis innebære tilintetgjøring av varer dersom det finnes andre gjennomførbare alternativer, for eksempel at varen fratras sin inngripende egenskap eller at varene avhendes utenfor markedet, for eksempel i form av gaver til veldedige organisasjoner.

- 29) En person kan opprinnelig ha tilegnet seg en forretningshemmelighet i god tro, men på et senere tidspunkt, herunder gjennom melding fra den opprinnelige innehaveren av forretningshemmeligheten, bli gjort oppmerksom på at dennes kunnskap om den berørte forretningshemmeligheten kom fra kilder som brukte eller formidlet den relevante forretningshemmeligheten på ulovlig måte. Under slike omstendigheter bør medlemsstatene, for å unngå at de fastsatte korrigerende tiltakene eller midlertidige forføyningene medfører uforholdsmessig stor skade for den berørte personen, tillate at det i relevante tilfeller som et alternativt tiltak gis økonomisk kompensasjon til den skadelidte. Slik kompensasjon bør imidlertid ikke overstige beløpet for royalties eller avgifter som skulle vært betalt dersom den berørte personen hadde fått tillatelse til å bruke den berørte forretningshemmeligheten, i det tidsrommet bruken av forretningshemmeligheten kunne vært hindret av den opprinnelige innehaveren av forretningshemmeligheten. I tilfeller der den ulovlige bruken av forretningshemmeligheten ville utgjøre en annen overtredelse av annen lovgivning enn det som er fastsatt i dette direktiv, eller sannsynligvis ville skade forbrukere, bør imidlertid slik ulovlig bruk ikke tillates.
- 30) For å unngå at en person som bevisst eller med rimelig grunn til å vite det, ulovlig tilegner seg, bruker eller formidler en forretningshemmelighet, kan dra fordel av slik atferd, og

for å sikre at den skadelidende innehaveren av forretningshemmeligheten i størst mulig utstrekning settes i samme situasjon som vedkommende ville vært i dersom denne atferden ikke hadde funnet sted, er det nødvendig å fastsette en tilfredsstillende kompensasjon for skaden som er påført som følge av den ulovlige atferden. Ved fastsettelsen av kompensasjonen som tildeles den skadelidende innehaveren av forretningshemmeligheten, bør det tas hensyn til alle relevante faktorer, for eksempel tapt inntekt for innehaveren av forretningshemmeligheten eller urimelig fortjeneste for inngriperen, og en eventuell ikke-økonomisk skade som er påført innehaveren av forretningshemmeligheten. Som et alternativ, for eksempel dersom det i lys av forretningshemmeligheters immaterielle art vil være vanskelig å fastsette beløpet for den faktiske skaden som er påført, kan størrelsen på skadeserstatningen utledes fra for eksempel royalties eller avgifter som skulle vært betalt dersom inngriperen hadde anmodet om tillatelse til å bruke den berørte forretningshemmeligheten. Formålet med denne alternative metoden er ikke å innføre en forpliktelse til å etablere kompensasjon med pønål karakter, men å sikre godtgjøring basert på et objektivt kriterium samtidig som det tas hensyn til de utgiftene som påløper for innehaveren av forretningshemmeligheten, for eksempel kostnader for identifikasjon og forskning. Dette direktiv bør ikke være til hinder for at medlemsstater i sin nasjonale rett kan fastsette en begrensning av arbeidstakeres erstatningsansvar i tilfeller der de har opptrådt uforsettlig.

- 31) For ytterligere å avskrekke framtidige inngripere og bidra til økt bevissthet blant allmennheten, er det nyttig å offentliggjøre avgjørelser, herunder eventuelt gjennom framtreddende annonsering, i saker som gjelder ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter, forutsatt at slik offentliggjøring ikke fører til at forretningshemmeligheten formidles, eller påvirker en fysisk persons personvern og omdømme på en uforholdsmessig måte.
- 32) Effektiviteten av tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er tilgjengelige for innehavere av forretningshemmeligheter, kan bli redusert dersom relevante avgjørelsene som treffes av vedkommende rettsmyndigheter, ikke etterleves. Det er derfor nødvendig å sikre at disse myndighetene har egnet myndighet til å ilegge sanksjoner.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

- 33) For å lette en ensartet anvendelse av de tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er fastsatt i dette direktiv, bør det fastsettes ordninger for samarbeid og utveksling av opplysninger mellom medlemsstatene på den ene siden, og mellom medlemsstatene og Kommisjonen på den andre, særlig ved å skape et nettverk av kontaktpersoner som utpekes av medlemsstatene. For å finne ut om disse tiltakene når det tilsiktede målet, bør Kommisjonen dessuten, eventuelt med bistand fra Den europeiske unions kontor for immaterialrett, undersøke anvendelsen av dette direktiv og de nasjonale tiltakenes effektivitet.
- 34) Dette direktiv er forenlig med de grunnleggende rettigheter og de prinsipper som er anerkjent særlig i pakten, og særlig retten til respekt for privatliv og familieliv, retten til vern av personopplysninger, ytringsfrihet og informasjonsfrihet, retten til fritt yrkesvalg og retten til arbeid, friheten til å drive næringsvirksomhet, retten til eiendom, retten til god forvaltning, og særskilt retten til dokumenttynnsyn, samtidig som taushetsplikten ivaretas, retten til effektiv klageadgang og til rettferdig rettergang samt retten til forsvar.
- 35) Det er viktig at retten til respekt for privatliv og familieliv og retten til vern av personopplysninger respekteres for enhver person hvis personopplysninger kan bli behandlet av innehaveren av forretningshemmeligheten når tiltak treffes for å beskytte en forretningshemmelighet, eller for enhver person som er involvert i en rettsprosess som gjelder ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter i henhold til dette direktiv, og hvis personopplysninger behandles. Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF⁽¹⁰⁾ får anvendelse på behandling av personopplysninger som skjer i medlemsstatene innenfor rammen av dette direktiv og under tilsyn av medlemsstatenes vedkommende myndigheter, særlig de uavhengige offentlige myndighetene som er utpekt av medlemsstatene. Dette direktiv bør ikke berøre rettighetene og forpliktelsene som er fastsatt i direktiv 95/46/EF, særlig den registrertes rett til å få tilgang til hans eller hennes personopplysninger som behand-
- les, og til retting, sletting eller sperring av opplysninger dersom de er ufullstendige eller unøyaktige, og dersom det er relevant, forpliktelsen til å behandle sensitive opplysninger i samsvar med artikkel 8 nr. 5 i direktiv 95/46/EF.
- 36) Ettersom målet for dette direktiv, som er å oppnå et velfungerende indre marked ved å innføre en tilstrekkelig og sammenlignbar adgang til rettsmidler i hele det indre marked i tilfelle av ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet, ikke kan nås i tilstrekkelig grad av medlemsstatene og derfor på grunn av dets omfang og virkninger bedre kan nås på unionsplan, kan Unionen treffe tiltak i samsvar med nærhetsprinsippet som fastsatt i artikkel 5 i traktaten om Den europeiske union. I samsvar med forholdsmessighetsprinsippet fastsatt i nevnte artikkel går dette direktiv ikke lenger enn det som er nødvendig for å nå dette målet.
- 37) Dette direktiv har ikke som mål å fastsette harmoniserte regler for rettslig samarbeid, domsmyndighet og anerkjennelse og fullbyrdelse av rettsavgjørelser på det sivilrettslige og handelsrettslige område, eller å behandle spørsmål om gjeldende lovgivning. Andre unionsinstrumenter som omfatter slike saker i sin alminnelighet, bør i prinsippet få tilsvarende anvendelse på det området som omfattes av dette direktiv.
- 38) Dette direktiv bør ikke berøre anvendelsen av konkurranseregler, særlig artikkel 101 og 102 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV). De tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er fastsatt i dette direktiv, bør ikke anvendes for å begrense konkurransen på en utilbørlig måte i strid med TEUV.
- 39) Dette direktiv bør ikke berøre anvendelsen av annen relevant lovgivning på andre områder, herunder immaterialrettigheter og avtaleretten. Dersom virkeområdet for europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/48/EF⁽¹¹⁾ og virkeområdet for dette direktiv overlapper hverandre, har imidlertid dette direktiv forrang som *lex specialis*.
- 40) EUs datatilsyn er blitt rådspurt i samsvar med artikkel 28 nr. 2 i europaparlaments- og råds-

¹⁰ Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (EFT L 281 av 23.11.1995, s. 31).

¹¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/48/EF av 29. april 2004 om håndheving av immaterialrettigheter (EUT L 157 av 30.4.2004, s. 45).

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

forordning (EF) nr. 45/2001⁽¹²⁾ og avga uttalelse 12. mars 2014.

VEDTATT DETTE DIREKTIV:

Kapittel I

Formål og virkeområde

Artikkel 1

Formål og virkeområde

1. Dette direktiv fastsetter regler for beskyttelsen av forretningshemmeligheter mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling.

Medlemsstatene kan, i samsvar med bestemmelsene i TEUV, fastsette en mer vidtgående beskyttelse mot ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter enn det som kreves i dette direktiv, forutsatt at det sikres overholdelse av artikkel 3, 5 og 6, artikkel 7 nr. 1, artikkel 8, artikkel 9 nr. 1 annet ledd, artikkel 9 nr. 3 og 4, artikkel 10 nr. 2, artikkel 11, artikkel 13 og artikkel 15 nr. 3.

2. Dette direktiv berører ikke
 - a) utøvelsen av retten til yrings- og informasjonsfrihet som fastsatt i pakten, herunder respekten for pressefrihet og mediemangfold,
 - b) anvendelsen av unionsregler eller nasjonale regler som krever at innehavere av forretningshemmeligheter av hensyn til allmennhetens interesse skal utlevere opplysninger, herunder forretningshemmeligheter, til offentligheten eller til forvaltnings- eller rettsmyndigheter for at disse myndighetene skal kunne utføre sine oppgaver,
 - c) anvendelsen av unionsregler eller nasjonale regler som krever eller tillater at unionsinstitusjoner og -organer eller nasjonale offentlige myndigheter utleverer opplysninger som er framlagt av foretak, og som disse institusjonene, organene eller myndighetene innehar i henhold til og i samsvar med de forpliktelsene og rettighetene som er fastsatt i unionsretten eller nasjonal rett,

- d) uavhengigheten til partene i arbeidslivet og deres rett til å inngå tariffavtaler, i samsvar med unionsretten og nasjonal rett og praksis.

3. Ingen bestemmelse i dette direktiv skal anses som grunnlag for å begrense arbeidstakers mobilitet. I forbindelse med utøvelsen av slik mobilitet skal dette direktiv særlig ikke danne grunnlag for

- a) å begrense arbeidstakers bruk av opplysninger som ikke utgjør en forretningshemmelighet som definert i artikkel 2 nr. 1,
- b) å begrense arbeidstakers bruk av erfaringer og ferdigheter som de har tilegnet seg på ærlig vis innenfor rammen av sitt ansettelsesforhold,
- c) å pålegge ytterligere begrensninger for arbeidstakere i deres arbeidsavtaler ut over de begrensningene som pålegges i samsvar med unionsretten eller nasjonal rett.

Artikkel 2

Definisjoner

I dette direktiv menes med

- 1) «forretningshemmelighet» opplysninger som oppfyller alle følgende krav:
 - a) Den er hemmelig i den forstand at den ikke, sett som helhet eller på grunn av elementenes konkrete sammenstilling, er allment kjent eller lett tilgjengelig for personer i kretser der det er vanlig å behandle den berørte typen opplysninger.
 - b) Den har en kommersiell verdi fordi den er hemmelig.
 - c) Den personen som lovlig kontrollerer opplysningene, har truffet tiltak som er rimelige under de gitte omstendighetene, for å holde den hemmelig,
- 2) «innehaver av en forretningshemmelighet» en fysisk eller juridisk person som lovlig kontrollerer en forretningshemmelighet,
- 3) «inn griper» enhver fysisk eller juridisk person som ulovlig har tilegnet seg, brukt eller formidlet en forretningshemmelighet,
- 4) «varer som utgjør inngrep» varer hvis utforming, egenskaper, virkemåte, produksjonsprosess eller markedsføring i betydelig grad drar fordel av forretningshemmeligheter som er ulovlig tilegnet, brukt eller formidlet.

¹² Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 45/2001 av 18. desember 2000 om personvern i forbindelse med behandling av personopplysninger i Fellesskapets institusjoner og organer og om fri utveksling av slike opplysninger (EFT L 8 av 12.1.2001, s. 1).

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Kapittel II

Tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter

Artikkel 3

Lovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter

1. Tilegnelse av en forretningshemmelighet skal anses som lovlig når forretningshemmeligheten tilegnes på en av følgende måter:
 - a) Uavhengig oppdagelse eller frambringelse.
 - b) Observasjon, undersøkelse, demontering eller prøving av et produkt eller en gjenstand som er gjort tilgjengelig for allmennheten, eller som den personen som tilegner seg opplysningene, innehar lovlig, og denne personen ikke har noen rettsgyldig plikt til å begrense tilegnelsen av forretningshemmeligheten.
 - c) Utøvelsen av arbeidstakeres eller arbeidstakerrepresentanters rett til informasjon og konsultasjon i samsvar med unionsretten og nasjonal rett og praksis.
 - d) Enhver annen praksis som under de gitte omstendighetene er i samsvar med god forretningsskikk.
2. Tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet skal anses som lovlig i den utstrekning slik tilegnelse, bruk eller formidling kreves eller tillates i henhold til unionsretten eller nasjonal rett.

Artikkel 4

Ulovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter

1. Medlemsstatene skal sikre at innehavere av forretningshemmeligheter har rett til å anmode om de tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er fastsatt i dette direktiv, for å forebygge eller motta erstatning for ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av deres forretningshemmeligheter.
2. Tilegnelse av en forretningshemmelighet uten samtykke fra innehaveren av forretningshemmeligheten skal anses som ulovlig når den utføres gjennom
 - a) ulovlig tilgang til, tilegnelse av eller kopiering av dokumenter, gjenstander, materialer, stoffer eller elektroniske filer som lovlig kontrolleres av innehaveren av en forretningshemmelighet, og som inneholder en

forretningshemmelighet, eller som en forretningshemmelighet kan utledes av,

- b) enhver annen atferd som under de gitte omstendighetene anses å være i strid med hederlig handelspraksis.
3. Bruk eller formidling av en forretningshemmelighet uten samtykke fra innehaveren av en forretningshemmelighet skal anses som ulovlig når dette gjøres av en person som har vist seg å oppfylle ett av følgende vilkår:
 - a) Vedkommende har tilegnet seg forretningshemmeligheten ulovlig.
 - b) Vedkommende har misligholdt en avtale om fortrolighet eller en annen plikt til ikke å formidle forretningshemmeligheten.
 - c) Vedkommende har misligholdt en avtaleforpliktelse eller en annen plikt til å begrense bruken av forretningshemmeligheten.
 4. Tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet skal også anses som ulovlig når en person, på tidspunktet for tilegnelsen, bruken eller formidlingen, visste eller under de gitte omstendighetene burde ha visst at forretningshemmeligheten var mottatt direkte eller indirekte fra en person som brukte eller formidlet forretningshemmeligheten ulovlig i henhold til nr. 3.
 5. Å produsere, tilby for salg eller markedsføre varer som utgjør inngrep, eller å importere, eksportere eller lagre varer som utgjør inngrep, for disse formålene, skal også anses som ulovlig bruk av en forretningshemmelighet dersom den personen som utøver slik virksomhet, visste eller under de gitte omstendighetene burde ha visst at forretningshemmeligheten ble brukt ulovlig i henhold til nr. 3.

Artikkel 5

Unntak

Medlemsstatene skal sikre at en anmodning om tiltak, framgangsmåter og rettsmidler som er fastsatt i dette direktiv, avvises dersom den påståtte tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten fant sted i et av følgende tilfeller:

- a) For å utøve retten til ytrings- og informasjonsfrihet som fastsatt i pakten, herunder respekten for pressefrihet og mediemangfold.
- b) For å avdekke en forsømmelse, forseelse eller ulovlig virksomhet, forutsatt at saksøkte hadde til hensikt å beskytte allmennhetens interesse.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

- c) Arbeidstakeres formidling av forretningshemmeligheter til sine representanter som en del av disse representantenes rettmessige utførelse av sine oppgaver i samsvar med unionsretten eller nasjonal rett, forutsatt at en slik formidling var nødvendig for denne utførelsen.
- d) For å beskytte en rettmessig interesse som anerkjennes i unionsretten eller nasjonal rett.

midling av opplysninger om en avgjørelse som omhandlet i artikkel 15.

Medlemsstatene kan fastsette at tiltakene nevnt i første ledd skal behandles i separate rettsprosesser.

Kapittel III

Tiltak, framgangsmåter og rettsmidler

Avsnitt 1

Alminnelige bestemmelser

Artikkel 6

Alminnelig forpliktelse

- Medlemsstatene skal tilby de tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er nødvendige for å sikre at det finnes tilgjengelige sivilrettslige rettsmidler mot ulovlig tilegnelse, bruk og formidling av forretningshemmeligheter.
- Tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene nevnt i nr. 1 skal
 - være rimelige og rettferdige,
 - ikke være unødig kompliserte eller kostbare eller medføre urimelige frister eller uberettigede forsinkelser, og
 - være virkningsfulle og virke avskrekkende.

Artikkel 7

Forholdsmessighet og misbruk av prosess

- De tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er fastsatt i dette direktiv, skal anvendes på en måte som
 - er forholdsmessige
 - unngår at det skapes hindringer for lovlig handel i det indre marked, og
 - omfatter beskyttelsestiltak mot misbruk av dem.
- Medlemsstatene skal sikre at vedkommende rettsmyndigheter på begjæring fra saksøkte kan anvende egnede tiltak som fastsatt i nasjonal rett, når et søksmål som gjelder ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet, er åpenbart grunnløst og det viser seg at saksøkeren har innledet rettsprosessen utilbørlig eller i ond tro. Slike tiltak kan eventuelt omfatte at saksøkte får skadeserstatning, at saksøkeren ilegges sanksjoner eller at det utstedes påbud om for-

Artikkel 8

Frister

- Medlemsstatene skal i samsvar med denne artikkel fastsette regler for frister for materielle krav og søksmål om anvendelse av de tiltakene, framgangsmåtene og rettsmidlene som er fastsatt i dette direktiv.

Reglene nevnt i første ledd skal avgjøre når fristen begynner å løpe, fristens varighet og under hvilke omstendigheter fristen avbrytes eller utsettes.

- Fristen skal ikke overstige seks år.

Artikkel 9

Bevaring av forretningshemmeligheters fortrolighet i forbindelse med rettsprosesser

- Medlemsstatene skal sikre at partene, deres advokater eller andre representanter, domstolens tjenestemenn, vitner, sakkyndige og andre personer som deltar i rettsprosesser knyttet til ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter, eller som har tilgang til dokumenter som inngår i slike rettsprosesser, ikke tillates å bruke eller formidle forretningshemmeligheter eller påståtte forretningshemmeligheter som vedkommende rettsmyndigheter, etter en behørig begrunnet anmodning fra en berørt part, har identifisert som fortrolige, og som de har fått kjennskap til som følge av en slik deltakelse eller tilgang. I denne forbindelse kan medlemsstatene også tillate at vedkommende rettsmyndigheter handler på eget initiativ.

Forpliktelsen nevnt i første ledd skal fortsette å gjelde etter at rettsprosessen er avsluttet. En slik forpliktelse skal imidlertid opphøre ved ett av følgende tilfeller:

- Dersom det ved en endelig avgjørelse fastslås at den påståtte forretningshemmeligheten ikke oppfyller kravene i artikkel 2 nr. 1, eller
- dersom de berørte opplysningene over tid blir allment kjent blant, eller lett tilgjengelige for, personer i kretser der det er vanlig å behandle denne typen opplysninger.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

2. Medlemsstatene skal også sikre at vedkommende rettsmyndigheter, etter en behørig begrunnet anmodning fra en av partene, trefrer særlige tiltak som er nødvendige for å bevare fortroligheten knyttet til enhver forretningshemmelighet eller påstått forretningshemmelighet som brukes eller blir vist til i forbindelse med rettsprosesser knyttet til ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet. Medlemsstatene kan også tillate at vedkommende rettsmyndigheter trefrer slike tiltak på eget initiativ.

Tiltakene nevnt i første ledd skal minst omfatte muligheten til

- a) å gi bare et begrenset antall personer full eller delvis tilgang til et dokument som inneholder forretningshemmeligheter eller påståtte forretningshemmeligheter, og som er framlagt av partene eller tredjeperson,
 - b) å gi bare et begrenset antall personer adgang til rettsmøter der forretningshemmeligheter eller påståtte forretningshemmeligheter kan bli formidlet, og å gi bare et begrenset antall personer tilgang til referatene eller utskriftene fra slike møter,
 - c) å gjøre tilgjengelig for personer som ikke inngår i det begrensede antallet personer nevnt i bokstav a) og b), en ikke-fortrolig versjon av enhver rettsavgjørelse, der de delene som inneholder forretningshemmeligheter, er fjernet eller overstrøket.
- Antallet personer nevnt i annet ledd bokstav a) og b) skal ikke være større enn det som er nødvendig for å sikre partenes rett til effektive rettsmidler og til rettferdig rettergang, og skal omfatte minst én fysisk person fra hver part og de respektive advokatene eller andre representanter for partene i rettsprosessen.
3. Når vedkommende rettsmyndigheter treffer avgjørelse om tiltakene nevnt i nr. 2 og vurderer deres forholdsmessighet, skal de ta hensyn til behovet for å sikre retten til effektive rettsmidler og til rettferdig rettergang, partenes og eventuelt tredjepersons rettmessige interesser, og eventuell skade som partene og eventuelt tredjeperson kan bli påført som følge av at slike tiltak godkjennes eller avvises.
4. All behandling av personopplysninger i henhold til nr. 1, 2 eller 3 skal skje i samsvar med direktiv 95/46/EF.

Avsnitt 2

Midlertidige og forebyggende tiltak

Artikkel 10

Midlertidige og forebyggende tiltak

1. Medlemsstatene skal sikre at vedkommende rettsmyndigheter, på begjæring fra en innehaver av en forretningshemmelighet, kan vedta hvilke som helst av følgende midlertidige og forebyggende tiltak mot den påståtte inngriperen:
 - a) Opphør av eller, alt etter omstendighetene, forbud mot bruk eller formidling av forretningshemmeligheten på midlertidig grunnlag.
 - b) Forbud mot å produsere, tilby for salg, markedsføre eller bruke varer som utgjør inngrep, eller mot å importere, eksportere eller lagre slike varer for disse formålene.
 - c) Beslaglegging eller utlevering av varene som mistenkes for å utgjøre inngrep, herunder importerte varer, for å hindre at de blir innført eller omsatt på markedet.
2. Medlemsstatene skal sikre at rettsmyndighetene, som et alternativ til tiltakene nevnt i nr. 1, som vilkår for at den påstått ulovlige bruken av en forretningshemmelighet skal kunne fortsette, kan kreve at det stilles sikkerhet for å sikre erstatning til innehaveren av forretningshemmeligheten. Det skal ikke være tillatt å formidle en forretningshemmelighet mot at det stilles sikkerhet.

Artikkel 11

Vilkår for anmodning og beskyttelsestiltak

1. Medlemsstatene skal sikre at vedkommende rettsmyndigheter, med hensyn til tiltakene nevnt i artikkel 10, har myndighet til å kreve at saksøkeren framlegger bevis som med rimelighet kan anses å være tilgjengelig, slik at de med en tilstrekkelig grad av sikkerhet kan fastslå at
 - a) det foreligger en forretningshemmelighet,
 - b) saksøkeren er innehaveren av forretningshemmeligheten, og
 - c) forretningshemmeligheten har blitt ulovlig tilegnet, brukt eller formidlet, eller at ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten er umiddelbart forestående.
2. Medlemsstatene skal sikre at vedkommende rettsmyndigheter, når de avgjør om anmodningen skal etterkommes eller avslås, og vurde-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

rer dens forholdsmessighet, er forpliktet til å ta hensyn til sakens særlige omstendigheter, herunder eventuelt

- a) forretningshemmelighetens verdi og andre særlige egenskaper,
 - b) tiltakene som er truffet for å beskytte forretningshemmeligheten,
 - c) saksøktes atferd i forbindelse med tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten,
 - d) virkningene av den ulovlige bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten,
 - e) partenes rettmessige interesser og de mulige virkningene for partene av at tiltakene godkjennes eller avvises,
 - f) tredjepersons rettmessige interesser,
 - g) allmennhetens interesse og
 - h) vern av grunnleggende rettigheter.
3. Medlemsstatene skal sikre at tiltakene nevnt i artikkel 10, på begjæring fra saksøkte, tilbakekalles eller på annen måte opphører å gjelde dersom
- a) saksøkeren ikke innleder rettsprosess som fører til at en realitetsavgjørelse treffes av vedkommende rettsmyndighet, innen en rimelig frist fastsatt av den rettsmyndigheten som krever tiltakene dersom lovgivningen i en medlemsstat tillater det, eller, i mangel av en slik avgjørelse, innen en frist på høyst 20 virkedager eller 31 kalenderdager, avhengig av hvilken som er lengst, eller
 - b) de berørte opplysningene ikke lenger oppfyller kravene i artikkel 2 nr. 1 av grunner som ikke kan tilskrives saksøkte.
4. Medlemsstatene skal sikre at vedkommende rettsmyndigheter som vilkår for å anvende tiltakene nevnt i artikkel 10 kan kreve at saksøkeren stiller tilstrekkelig sikkerhet eller en tilsvarende garanti for å sikre erstatning for eventuell skade som påføres saksøkte og eventuelt andre personer som berøres av tiltakene.
5. Dersom tiltakene nevnt i artikkel 10 oppheves på grunnlag av nr. 3 bokstav a) i denne artikkel, dersom de blir ugyldige på grunn av en handling eller unnlattelse fra saksøkers side, eller dersom det senere viser seg at det ikke har forekommet noen ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheten eller noen trussel om en slik atferd, skal vedkommende rettsmyndigheter ha myndighet til å påby at saksøkeren, på begjæring fra saksøkte eller fra en skadelidt tredjeperson, gir saksøkte eller den skadelidte tredjeperson en

passende erstatning for eventuell skade som følge av disse tiltakene.

Medlemsstatene kan fastsette at begjæringen om erstatning nevnt i første ledd skal behandles i en separat rettsprosess.

Avsnitt 3

Tiltak som følger av en realitetsavgjørelse

Artikkel 12

Forføyninger og korrigerende tiltak

1. Medlemsstatene skal sikre at når en realitetsavgjørelse fastslår at ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet har forekommet, kan vedkommende rettsmyndigheter, på begjæring fra saksøkeren, vedta ett eller flere av følgende tiltak mot inngriperen:
 - a) Opphør av eller, alt etter omstendighetene, forbud mot bruk eller formidling av forretningshemmeligheten.
 - b) Forbud mot å produsere, tilby for salg, markedsføre eller bruke varer som utgjør inngrep, eller mot å importere, eksportere eller lagre slike varer for disse formålene.
 - c) Vedtakelse av egnede korrigerende tiltak med hensyn til varene som utgjør inngrep.
 - d) Tilintetgjøring av hele eller deler av dokumenter, gjenstander, materialer, stoffer eller elektroniske filer som inneholder eller utgjør forretningshemmeligheten, eller eventuelt utlevering til saksøkeren av hele eller deler av disse dokumentene, gjenstandene, materialene, stoffene eller elektroniske filene.
2. De korrigerende tiltakene nevnt i nr. 1 bokstav c) skal omfatte
 - a) tilbakekall av varene som utgjør inngrep fra markedet,
 - b) at varene som utgjør inngrep, fratras sin inngripende egenskap,
 - c) at varene som utgjør inngrep, tilintetgjøres eller eventuelt trekkes tilbake fra markedet, forutsatt at tilbaketrekkingen ikke undergraver beskyttelsen av den berørte forretningshemmeligheten.
3. Medlemsstatene kan fastsette at deres vedkommende rettsmyndigheter, når de krever at varene som utgjør inngrep, trekkes tilbake fra markedet, på begjæring fra innehaveren av forretningshemmeligheten kan kreve at varene skal utleveres til innehaveren eller til velledige organisasjoner.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

4. Vedkommende rettsmyndigheter skal kreve at tiltakene nevnt i nr. 1 bokstav c) og d) skal gjennomføres for inngriperes regning, med mindre det finnes særlige grunner til ikke å gjøre det. Disse tiltakene skal ikke berøre eventuell skadeserstatning som innehaveren av forretningshemmeligheten kan ha rett til på grunn av den ulovlige tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten.
3. Medlemsstatene skal fastsette at vedkommende rettsmyndighet, på begjæring fra personen som kan bli gjenstand for tiltakene fastsatt i artikkel 12, kan beslutte at det skal betales økonomisk erstatning til skadelidte istedenfor å anvende disse tiltakene, dersom alle følgende vilkår er oppfylt:
 - a) Den berørte personen åå tidspunktet for bruken eller formidlingen var verken visste, eller under de gitte omstendighetene, burde ha visst at forretningshemmeligheten var tilegnet fra en annen person som brukte eller formidlet forretningshemmeligheten ulovlig.
 - b) gjennomføringen av de berørte tiltakene ville påføre denne personen uforholdsmessig stor skade, og
 - c) den økonomiske erstatningen til skadelidte ser ut til å være rimelig tilfredsstillende.

Artikkel 13

Vilkår for anvendelse, beskyttelsestiltak og alternative tiltak

1. Medlemsstatene skal sikre at deres vedkommende rettsmyndigheter, når de vurderer en anmodning om vedtakelse av de midlertidige forføyningene og korrigerende tiltakene fastsatt i artikkel 12, og vurderer deres forholdsmessighet, er forpliktet til å ta hensyn til sakens særlige omstendigheter, herunder eventuelt
 - a) forretningshemmelighetens verdi eller andre særlige egenskaper,
 - b) tiltakene som er truffet for å beskytte forretningshemmeligheten,
 - c) inngriperes atferd i forbindelse med tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten,
 - d) virkningene av den ulovlige bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten,
 - e) partenes rettmessige interesser og de mulige virkningene for partene av at tiltakene godkjennes eller avvises,
 - f) tredjepersons rettmessige interesser,
 - g) allmennhetens interesse og
 - h) vern av grunnleggende rettigheter.

Dersom vedkommende rettsmyndigheter begrenser varigheten av tiltakene nevnt i artikkel 12 nr. 1 bokstav a) og b), skal varigheten være tilstrekkelig lang til å fjerne en eventuell forretningsmessig eller økonomisk fordel som inngriperen kan ha fått gjennom den ulovlige tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten.

2. Medlemsstatene skal sikre at tiltakene nevnt i artikkel 12 nr. 1 bokstav a) og b), på begjæring fra saksøkte, oppheves eller på annen måte opphører å gjelde dersom de berørte opplysningene ikke lenger oppfyller kravene i artikkel 2 nr. 1 av grunner som verken direkte eller indirekte kan tilskrives saksøkte.

Dersom det besluttes at det skal betales økonomisk erstatning istedenfor å anvende tiltakene nevnt i artikkel 12 nr. 1 bokstav a) og b), skal denne ikke overstige beløpet for royalties eller avgifter som skulle vært betalt dersom denne personen hadde anmodet om tillatelse til å bruke den berørte forretningshemmeligheten, i det tidsrommet bruken av forretningshemmeligheten kunne vært forbudt.

Artikkel 14

Erstatning

1. Medlemsstatene skal sikre at vedkommende rettsmyndigheter, på begjæring fra skadelidte, pålegger inngriperen som visste eller burde ha visst at de deltok i ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet, å betale innehaveren av forretningshemmeligheten erstatning som står i et rimelig forhold til den faktiske skaden som er påført som følge av den ulovlige tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten. Medlemsstatene kan begrense arbeidstakers erstatningsansvar overfor sine arbeidsgivere for ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av arbeidsgiverens forretningshemmelighet i tilfeller der de opptrer uforsettlig.
2. Ved fastsettelsen av skadeserstatning som nevnt i nr. 1 skal vedkommende rettsmyndigheter ta hensyn til alle relevante faktorer, for eksempel negative økonomiske følger, herunder tapt fortjeneste, for skadelidte, urimelig fortjeneste for inngriperen og, i relevante tilfeller, andre opplysninger enn økonomiske, for

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

eksempel om ikke-økonomisk skade som er påført innehaveren av forretningshemmeligheten på grunn av den ulovlige tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten.

Alternativt kan vedkommende rettsmyndigheter i relevante tilfeller fastsette skadeserstatningen som et engangsbeløp på grunnlag av for eksempel, som et minstekrav, beløpet for royalties eller avgifter som skulle vært betalt dersom inngriperen hadde anmodet om tillatelse til å bruke den berørte forretningshemmeligheten.

Artikkel 15

Offentliggjøring av rettsavgjørelser

1. Medlemsstatene skal sikre at vedkommende rettsmyndigheter, ved rettsprosesser innledet i forbindelse med ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av en forretningshemmelighet, på begjæring fra saksøker og på inngripers regning kan beslutte at det skal treffes egnede tiltak for å informere om avgjørelsen, herunder at hele eller deler av avgjørelsen skal offentliggjøres.
2. Ved ethvert tiltak som nevnt i nr. 1 i denne artikkel skal forretningshemmeligheters fortrolighet bevares som fastsatt i artikkel 9.
3. Når vedkommende rettsmyndigheter beslutter hvorvidt de skal kreve et tiltak nevnt i nr. 1, og vurderer dets forholdsmessighet, skal de når det er relevant, ta hensyn til forretningshemmelighetens verdi, inngripers atferd i forbindelse med tilegnelsen, bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten, virkningene av den ulovlige bruken eller formidlingen av forretningshemmeligheten, og sannsynligheten for ytterligere ulovlig bruk eller formidling av forretningshemmeligheten fra inngriperens side.

Vedkommende rettsmyndigheter skal også ta hensyn til om opplysningene om inngriperen ville gjøre det mulig å identifisere en fysisk person, og i så fall om det ville være berettiget å offentliggjøre disse opplysningene, særlig i lys av den mulige skaden som slike tiltak kan medføre for inngriperens personvern og omdømme.

Kapittel IV

Sanksjoner, rapportering og sluttbestemmelser

Artikkel 16

Sanksjoner ved manglende overholdelse av dette direktiv

Medlemsstatene skal sikre at vedkommende rettsmyndigheter kan ilegge sanksjoner mot enhver person som unnlater eller nekter å gjennomføre tiltak som vedtas i henhold til artikkel 9, 10 og 12.

De fastsatte sanksjonene skal omfatte muligheten til å ilegge tvangsmulfter ved manglende gjennomføring av et tiltak vedtatt i henhold til artikkel 10 og 12.

De fastsatte sanksjonene skal være virkningsfulle, stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende.

Artikkel 17

Utveksling av opplysninger og kontaktpersoner

For å fremme samarbeid, herunder utveksling av opplysninger, mellom medlemsstatene og mellom medlemsstatene og Kommisjonen, skal hver medlemsstat utpeke en eller flere nasjonale kontaktpersoner for spørsmål knyttet til gjennomføringen av tiltakene fastsatt i dette direktiv. Den skal oversende opplysninger om den eller de nasjonale kontaktpersonene til de øvrige medlemsstatene og Kommisjonen.

Artikkel 18

Rapporter

1. Innen 9. juni 2021 skal Den europeiske unions kontor for immaterialrett, i forbindelse med virksomheten i Det europeiske senter for observasjon av inngrep i immaterialrettigheter, utarbeide en første rapport om utviklingstendensene med hensyn til saker som gjelder ulovlig tilegnelse, bruk eller formidling av forretningshemmeligheter i forbindelse med anvendelsen av dette direktiv.
2. Kommisjonen skal innen 9. juni 2022 utarbeide en foreløpig rapport om anvendelsen av dette direktiv og framlegge den for Europaparlamentet og Rådet. I denne rapporten skal det tas behørig hensyn til rapporten nevnt i nr. 1.

Den foreløpige rapporten skal særlig undersøke de mulige virkningene som anvendelsen av dette direktiv kan ha for forskning og innovasjon, mobiliteten for arbeidstakere og ut-

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

øvelsen av retten til ytrings- og informasjonsfrihet.

3. Kommisjonen skal innen 9. juni 2026 vurdere virkningene av dette direktiv og sende Europaparlamentet og Rådet en rapport.

Artikkel 19

Innarbeiding i nasjonal lovgivning

1. Medlemsstatene skal innen 9. juni 2018 sette i kraft de lover og forskrifter som er nødvendige for å etterkomme dette direktiv. De skal umiddelbart oversende Kommisjonen teksten til disse bestemmelsene.

Når disse bestemmelsene vedtas av medlemsstatene, skal de inneholde en henvisning til dette direktiv, eller det skal vises til direktivet når de kunngjøres. Nærmere regler for henvisningen fastsettes av medlemsstatene.

2. Medlemsstatene skal oversende Kommisjonen teksten til de viktigste internrettslige bestem-

melser som de vedtar på det området dette direktiv omhandler.

Artikkel 20

Ikrafttredelse

Dette direktiv trer i kraft den 20. dag etter at det er kunngjort i *Den europeiske unions tidende*.

Artikkel 21

Adressater

Dette direktiv er rettet til medlemsstatene.

Utferdiget i Strasbourg 8. juni 2016.

For Europaparlamentet
M. SCHULZ
President

For Rådet
A.G. KOENDERS
Formann

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Vedlegg 3

Gjennomføringstabell

Direktiv 2016/943 (EU)		Gjennomføring i forretningshemmelighetsloven	
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf	Kommentar
Art. 1	Nr. 1 første ledd	§ 1 første ledd	
	Nr. 1 annet ledd		Gjennomføres ikke særskilt, men er ivaretatt ved gjennomføringen av bestemmelsene som det vises til.
	Nr. 2 bokstav a		Gjennomføres ikke særskilt.
	Nr. 2 bokstav b til d		Ikke behov for gjennomføring.
	Nr. 3 bokstav a		Ikke behov for egen gjennomføring. Faller utenfor definisjonen av forretningshemmeligheter i § 2 første ledd.
	Nr. 3 bokstav b	§ 2 annet ledd	
	Nr. 3 bokstav c		Ikke behov for gjennomføring.
Art. 2	Nr. 1 bokstav a	§ 2 første ledd bokstav a	
	Nr. 1 bokstav b	§ 2 første ledd bokstav b	
	Nr. 1 bokstav c	§ 2 første ledd bokstav c	
	Nr. 2	§ 2 tredje ledd	
	Nr. 3	§§ 3 og 4, jf. § 5	Gjennomføres ikke ved egen legaldefinisjon, men gjennom systematikken og inngrepsterminologien i §§ 3 og 4, jf. § 5.
	Nr. 4	§ 4 annet ledd	
Art. 3	Nr. 1 bokstav a		Ikke behov for gjennomføring. Faller utenfor definisjonen av inngrepshandlingene i §§ 3 og 4.
	Nr. 1 bokstav b til d		Ikke behov for gjennomføring ut over rettsstridsreservasjonen i § 3.
	Nr. 2		Se merknad til art. 3 nr. 1 bokstav b
Art. 4	Nr. 1		Gjennomføres ikke særskilt.
	Nr. 2 bokstav a	§ 3 første ledd bokstav a	
	Nr. 2 bokstav b	§ 3 første ledd bokstav b	

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Direktiv 2016/943 (EU)		Gjennomføring i forretningshemmelighetsloven	
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf	Kommentar
	Nr. 3 bokstav a	§ 3 annet ledd bokstav a	
	Nr. 3 bokstav b	§ 3 annet ledd bokstav b og c	
	Nr. 3 bokstav c	§ 3 annet ledd bokstav b og c	
	Nr. 4	§ 3 tredje ledd	
	Nr. 5	§ 4 første ledd	
Art. 5	Bokstav a		Gjennomføres ikke særskilt. Ivaretas av rettsstridsreservasjonen i § 3, jf. blant annet Grunnloven § 100 og EMD artikkel 8.
	Bokstav b		Gjennomføres ikke særskilt. Ivaretas av rettsstridsreservasjonen i § 3 og bestemmelser om varslings i særlovgivningen.
	Bokstav c og d		Gjennomføres ikke særskilt. Ivaretas av rettsstridsreservasjonen i § 3.
Art. 6	Nr. 1		Ikke behov for særskilt gjennomføring
	Nr. 2 bokstav a til c		Ikke behov for særskilt gjennomføring. Dekkes av grunnleggende prinsipper i norsk sivilprosess, jf. blant annet tvisteloven § 1-1 og EØS-rettslige prinsipper om effektivitet og ekvivalens, jf. EØS-loven § 3.
Art. 7	Nr. 1 bokstav a til c		Se kommentar til art. 6 nr. 2.
	Nr. 2 første ledd		Ikke behov for særskilt gjennomføring. Ivaretas av blant annet straffeloven § 22, domstolloven § 202, tvisteloven § 20-2 og det ulovfestede ansvaret for misbruk av søksmålsadgang, jf. Rt. 2015 s. 385.
	Nr. 2 annet ledd		Ikke behov for særskilt gjennomføring.
Art. 8	Nr. 1	§ 5 fjerde ledd og § 6 femte ledd	
	Nr. 2	§ 5 fjerde ledd og § 6 femte ledd	
Art. 9	Nr. 1 første ledd	Tvisteloven § 22-12 nytt tredje ledd	
	Nr. 1 annet ledd bokstav a	Tvisteloven § 22-12 nytt fjerde ledd første alternativ	
	Nr. 1 annet ledd bokstav b	Tvisteloven § 22-12 nytt fjerde ledd annet alternativ	
	Nr. 2 første ledd		Ikke behov for særskilt gjennomføring i tillegg til art. 9 nr. 2 annet ledd bokstav a til c.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Direktiv 2016/943 (EU)		Gjennomføring i forretningshemmelighetsloven	
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf	Kommentar
	Nr. 2 annet ledd bokstav a	Tvisteloven § 22-12 nytt tredje ledd første punktum	Suppleres av tvisteloven § 14-4 tredje ledd bokstav a.
	Nr. 2 annet ledd bokstav b	Tvisteloven § 22-12 nytt tredje ledd annet punktum	Suppleres av tvisteloven § 14-3 og § 14-4 tredje ledd bokstav a.
	Nr. 2 annet ledd bokstav c		Pålegg om taushetsplikt etter tvisteloven § 22-12 innebærer at opplysningene omfattet av taushetsplikten skal utelates i offentlige utskrifter av rettsavgjørelsen, se HR-2016-01363. Suppleres av tvisteloven § 14-3 annet ledd annet punktum.
	Nr. 2 tredje ledd	Tvisteloven § 22-12 nytt tredje ledd tredje punktum	Kun nødvendig med særskilt gjennomføring for rettslige medhjelpere.
	Nr. 3		Ikke nødvendig med særskilt gjennomføring.
	Nr. 4		Ikke nødvendig med særskilt gjennomføring. Ivaretatt av personopplysningsloven.
Art. 10	Nr. 1 bokstav a til c		Ikke nødvendig med særskilt gjennomføring. Ivaretas av reglene om midlertidig forføyning i tvisteloven kapittel 34.
	Nr. 2	Tvisteloven nytt § 34-8 annet ledd	Gjennomfører artikkel 10 nr. 2 annet punktum. Artikkel 10 nr. 2 første punktum dekkes av tvisteloven § 34-3 annet ledd.
Art. 11	Nr. 1 bokstav a til c		Dekkes av tvisteloven § 34-2 første ledd.
	Nr. 2 bokstav a til h		Dekkes av tvisteloven §§ 34-1 og 34-3.
	Nr. 3 bokstav a	Tvisteloven nytt § 34-8 første ledd	I kombinasjon med tvisteloven § 34-6 første ledd bokstav b.
	Nr. 3 bokstav b		Ikke nødvendig med særskilt gjennomføring. Ivaretas av tvisteloven § 34-5.
	Nr. 4		Ikke nødvendig med særskilt gjennomføring. Ivaretas av tvisteloven § 34-2 første ledd annet punktum.
	Nr. 5		Ikke nødvendig med særskilt gjennomføring. Ivaretas av tvisteloven § 32-11, supplert av adgangen for berørte tredjepersoner til å tre inn i saken etter tvisteloven § 15-3.
Art. 12	Nr. 1 bokstav a	§ 5	
	Nr. 1 bokstav b	§ 5	
	Nr. 1 bokstav c	§ 6 annet ledd	
	Nr. 1 bokstav d	§ 6 første ledd	
	Nr. 2 bokstav a	§ 6 annet ledd bokstav a	

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Direktiv 2016/943 (EU)		Gjennomføring i forretningshemmelighetsloven	
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf	Kommentar
	Nr. 2 bokstav b	§ 6 annet ledd bokstav b	
	Nr. 2 bokstav c	§ 6 annet ledd bokstav c og d	
	Nr. 3	§ 6 annet ledd bokstav c	
	Nr. 4	§ 6 fjerde ledd	
Art. 13	Nr. 1	§ 6 tredje ledd	§ 6 tredje ledd supplerer alminnelige prinsipper i blant annet tvisteloven § 1-1. Samlet skal dette ivareta kravene i art. 13 nr. 1.
	Nr. 2		Krever ikke særskilt gjennomføring. Se tvisteloven § 19-15 tredje ledd.
	Nr. 3 første ledd bokstav a	§ 7 første ledd bokstav a	
	Nr. 3 første ledd bokstav b	§ 7 første ledd bokstav b	
	Nr. 3 første ledd bokstav c	§ 7 første ledd bokstav c	
	Nr. 3 annet ledd	§ 7 annet ledd	
Art. 14	Nr. 1 første ledd	§ 8	
	Nr. 1 annet ledd		Ikke behov for særskilt gjennomføring. Ivaretas av skadeserstatningsloven § 2-3 tredje ledd.
	Nr. 2 første ledd	§ 8 første ledd bokstav b og c	
	Nr. 2 annet ledd	§ 8 første ledd bokstav a	
Art. 15			
	Nr. 1	§ 11	
	Nr. 2		Ikke behov for særskilt gjennomføring. Pålegg om taushetsplikt etter tvisteloven § 22-12 vil også måtte legges til grunn ved formidling etter § 11.
	Nr. 3		Ikke behov for særskilt gjennomføring ut over § 11.
Art. 16			Ikke behov for særskilt gjennomføring. Brudd på taushetsplikt, jf. artikkel 9, vil innebære et inngrep i forretningshemmeligheter og kan sanksjoneres etter §§ 6, 7, 9, 10 og 11 i lovforslaget. Direktivets krav til tvangsmulkt ivaretas av reglene i tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 13.

Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Direktiv 2016/943 (EU)		Gjennomføring i forretningshemmelighetsloven	
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf	Kommentar
Art. 17			Krever ikke gjennomføring.
Art. 18			Krever ikke gjennomføring.
Art. 19			Krever ikke gjennomføring.
Art. 20			Gjennomføringsfristen vil være ikrafttredelse av EØS-komiteens beslutning om innlemmelse av direktivet.
Art. 21			Krever ikke gjennomføring.

=====

Bestilling av publikasjoner

Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon

www.publikasjoner.dep.no

Telefon: 22 24 00 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på

www.regjeringen.no

Trykk: 07 Media AS – 10/2019

