

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Utviklingstrekk i rettspraksis ved markedsføringsloven § 28

- rettsstridsvurderingen og «sum av viten»

Kandidatnummer: 552

Leveringsfrist: 25.11.17

Antall ord: 17 948



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Tema og aktualitet.....	1
1.2	Problemstillinger.....	1
1.3	Avgrensninger.....	2
1.4	Rettskildebildet.....	3
<b>2</b>	<b>OVERSIKT OVER BEDRIFTSHEMMELIGHETSVERNET</b> .....	<b>5</b>
2.1	Hensyn .....	5
2.2	Bedriftshemmelighet.....	6
2.2.1	Allment kjent eller lett tilgjengelig – for hvem? .....	7
2.3	Pliktsubjektene.....	8
2.4	Næringsvirksomhet.....	9
2.5	Krenkelseshandlingen.....	9
<b>3</b>	<b>«SUM AV VITEN»</b> .....	<b>11</b>
3.1	Innledning.....	11
3.2	Rettslig grunnlag for å verne «sum av viten» .....	11
3.2.1	Lovtekst og forarbeider .....	11
3.2.2	Rettspraksis.....	12
3.3	«Summen» i «sum av viten».....	14
3.3.1	Innledning.....	14
3.3.2	Avgrensninger av «helhetsvurderingen» .....	14
3.3.3	Konkretisering .....	16
3.3.4	Sammenfatning.....	18
3.4	Kravene til «sum av viten» .....	18
3.4.1	Innledning.....	18
3.4.2	Tid og midler .....	18
3.4.3	Kompleksitet og egenart.....	20
3.4.4	Sammenfatning.....	23
3.5	Vurdering.....	24
<b>4</b>	<b>RETTSSTRIDSVURDERINGEN</b> .....	<b>26</b>
4.1	Innledning.....	26
4.2	Innledende bemerkninger.....	26
4.2.1	Rettslige utgangspunkt for rettsstridsvurderingen.....	26
4.2.2	Lojalitetsplikten i korte trekk .....	28

4.2.3	Tidsperspektiv .....	29
4.3	Rettsstridig per definisjon? .....	31
4.3.1	Innledning .....	31
4.3.2	Anvendelse av rettsstridsvilkåret i rettspraksis .....	32
4.3.3	Sammenfatning .....	40
4.4	Forholdet mellom rettsstrids- og lojalitetsvurderingen .....	41
4.4.1	Innledning .....	41
4.4.2	Betydningen av lojalitetsbrudd mens kontraktsforholdet bestod .....	41
4.5	Sluttbemerkninger .....	43
<b>5</b>	<b>FORHOLDET MELLOM BEDRIFTSHEMMELIGHETSBEGREPET OG RETTSSTRIDSVURDERINGEN .....</b>	<b>45</b>
5.1	Innledning .....	45
5.2	«Sum av viten» - en utvidelse av bedriftshemmelighetsvernet? .....	45
5.3	Ikke uproblematisk med «lav list» .....	47
<b>6</b>	<b>FORHOLDET TIL EU-DIREKTIVET 2016.....</b>	<b>49</b>
6.1	Innledning .....	49
6.2	«Sum av viten» og direktivet .....	49
6.3	Rettsstridsvurderingen og direktivet .....	51
6.4	Veien videre .....	52
	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>54</b>
	Lover .....	54
	Forarbeider .....	54
	Rettspraksis .....	55
	Internasjonale rettskilder .....	56
	Utenlandske (nasjonale) rettskilder .....	57
	Litteratur .....	57

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og aktualitet

Dagens arbeidsmarked gir arbeidstaker mulighet til å bytte arbeidsgiver etter ønske. Et fritt arbeidsmarked skaper muligheter for innovasjon og utvikling, ved at arbeidstakere får utnyttet sin erfaring på nye måter, på ulike arbeidsplasser, og arbeidsgiver kan ta inn arbeidstakere med nye impulser. Det samme gjelder for bruk av konsulenter og samarbeidspartnere. I et kunnskapsbasert næringsliv er det behov for å verne om den informasjonen som er av verdi for driften, og flyten av arbeidskraft mellom bedriftene utfordrer dette. Det er ikke alltid tilstrekkelig å pålegge en arbeidstaker å legge igjen fysiske informasjonskilder, da han ofte kan gjenskape innholdet basert på egen hukommelse. Derfor foreligger det et behov for et rettslig vern av bedriftshemmeligheter.

Oppgavens tema er bedriftshemmelighetsvernet etter markedsføringsloven 2009 (mfl.) § 28 (1). Bestemmelsens 1. ledd lyder:

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

Av vilkårene er det særlig kravet til «rettsstridig utnyttelse» og innholdet i begrepet «bedriftshemmelighet» som har vært omtalt og diskutert i teori og rettspraksis.<sup>1</sup> Når det gjelder begrepet «bedriftshemmeligheter», gjelder diskusjonen særlig skillet mellom de frie erfaringer og den beskyttede viten, som er under stadig utvikling. I relasjon til rettsstridsvilkåret, kan det stilles spørsmål ved vilkårets funksjon i bestemmelsen.

## 1.2 Problemstillinger

Temaet for oppgaven er utviklingstrekk i rettspraksis ved tolkningen av «bedriftshemmelighet» og «rettsstrid» i mfl. § 28.

Vern av «bedriftshemmeligheter» har eksistert i lovgivningen i nesten hundre år,<sup>2</sup> men det er fortsatt usikkerhet knyttet til avgrensninger av begrepets innhold. Om vilkåret er oppfylt, beror på en konkret vurdering av forholdene, noe som til tider kan skape usikkerhet rundt skillet

---

<sup>1</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 176-248 og 249-346, Rt-1997-199 og Rt-2007-1841.

<sup>2</sup> Se opph. straffelov (1902) §294 (2).

mellom beskyttet- og ubeskyttet viten.<sup>3</sup> I korte trekk er det på det rene at allmenn viten og yrkeserfaringer ikke kan beskyttes. Det samme gjelder subjektive ferdigheter, som er kunnskap som ikke kan «løsrives fra den person som har den, på en for andre lett erkjennbar måte».<sup>4</sup> Til kontrast er det utviklet en lære gjennom rettspraksis hvor en «sum av viten» kan være beskyttet under mfl. § 28.<sup>5</sup> «Sum av viten» kan defineres som en sammenstilling av kunnskap, som er blitt til gjennom en prosess preget av «prøving og feiling».<sup>6</sup> Problemstillingen som vil behandles under kapittel 3, er hvilket rettskildemessig grunnlag læren bygger på, og hvilke kvalitative krav som kan stilles for at informasjon skal kunne vernes som «sum av viten».

Bruk av bedriftshemmeligheter er ikke forbudt, med mindre utnyttelsen er «rettsstridig».

Vilkåret er ment å oppstille «en generell reservasjon» mot at urimelige tilfeller faller under bestemmelsen.<sup>7</sup> Forarbeidene gir liten veiledning, utover å peke på relevante hensyn som skal avveies i vurderingen. Rettspraksis gir noen holdepunkter for vurderingen, og særlig sentral er Rt-1997-199. En analyse av praksis og øvrige kilder, for å si noe om hvilke momenter som har relevans og vekt i vurderingen, er grundig gjennomført av Irgens-Jensen i «Bedriftens hemmelighet- og rettighet?», 2010. Det som i mindre grad er behandlet i litteraturen, er hvilken betydning kontraktsrettslige aspekter får i rettsstridsvurderingen. I flere dommer om mfl. § 28 er slike aspekter trukket inn i vurderingen, eller konklusjonen av rettsstridsvurderingen, uten at dette synes å være nærmere begrunnet.<sup>8</sup> Overføringsverdi fra kontraktsrettslige vurderinger til rettsstridsvurderingen vil behandles under kapittel 4.

Under kapittel 5 vil jeg diskutere noen aspekter ved forholdet mellom rettsstridsvurderingen og «sum av viten» som bedriftshemmelighet. Avslutningsvis vil hovedproblemstillingene i kapittel 3 og 4 diskuteres i lys av det nye EU-direktivet om forretningshemmeligheter.<sup>9</sup>

### 1.3 Avgrensninger

Markedsføringsloven § 28 oppstiller fem vilkår. Vilkårene «bedriftshemmelighet» og «rettsstrid» er oppgavens hovedtema. De øvrige vilkårene vil ikke bli vurdert utover en kort behandling i kapittel 2.

---

<sup>3</sup> Se punkt 2.2.

<sup>4</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 228-228, LB-2013-20938.

<sup>5</sup> Se særlig LG-2003-8617, basert på uttalelser i Rt-1964-238.

<sup>6</sup> LG-2003-8617.

<sup>7</sup> Andenæs (2004) s. 155, jf. Irgens-Jensen (2010) s. 70.

<sup>8</sup> Eksempelvis LG-2013-162132.

<sup>9</sup> EP/Rdir 2016/943 EF.

## 1.4 Rettskildebildet

Lovtekst og forarbeider spiller en sentral rolle ved tolkning av «bedriftshemmelighet» og «rettsstrid». For bedriftshemmelighetsvernet er imidlertid lovteksten knapp. Heller ikke forarbeidene har en omfattende behandling av de to vurderingene, og «sum av viten» er ikke diskutert nærmere. Dette åpner for at øvrige rettskilder kan få en større rettskildemessig betydning, sammenlignet med tilfeller med klar lovtekst og forarbeider.

I oppgaven er det ved flere anledninger vist til underrettspraksis. Det er omdiskutert i teorien hvilken vekt underrettspraksis skal tillegges.<sup>10</sup> Skoghøy er den oppfatning at underrettspraksis bare har verdi utover sin overbevisningskraft, der avgjørelsen gir grunnlag for en rettsoppfatning. Der dette er tilfellet, er det imidlertid ikke den enkelte avgjørelse som ilegges vekt, men rettsoppfatningen.<sup>11</sup> Eckhoff synes ikke å være uenig med dette som et utgangspunkt, men hevder at underrettspraksis kan få større rettskildemessig betydning innen områder hvor avgjørelsene sjelden påankes videre.<sup>12</sup>

Det er svært få dommer om fortolkningen av bedriftshemmelighetsvernet som er behandlet i Høyesterett. I fraværet av høyesterettspraksis og andre autoritative kilder, vil underrettspraksis få større betydning i avveiningen. Det bør foreligge nokså tungtveiende grunner for å fravike en entydig underrettspraksis.<sup>13</sup> Hvorvidt det foreligger en entydig praksis, både kvantitativt og kvalitativt, i relasjon til oppgavens problemstillinger, vil bli behandlet under de enkelte problemstillingene.

Forbudet mot rettstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter i markedsføringsloven § 28 viderefører § 7 i tidligere markedsføringslov uten innholdsmessige endringer.<sup>14</sup> Rettspraksis og teori knyttet til den gamle bestemmelsen er derfor høyst relevant for tolkning av mfl. § 28.

Ut fra alminnelige tolkningsprinsipper bør loven tolkes i lys av sitt formål. Der de øvrige kildene er stumme eller uklare, bør den løsning velges som støtter opp om lovens formål og de verdier lovgiver har villet fremme.<sup>15</sup> I disse tilfellene bør hensynene bak bestemmelsen få betydning ved forståelse av bedriftshemmelighetsvernets innhold og rekkevidde.<sup>16</sup>

---

<sup>10</sup> Nygaard (2004) s. 210.

<sup>11</sup> Skoghøy (2002) s.325-327. Se også Nygaard (2004) s. 210.

<sup>12</sup> Eckhoff (2001) s. 162.

<sup>13</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 116.

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 206.

<sup>15</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 143.

<sup>16</sup> Hensynene behandles i punkt 2.1.

Det er ikke bare markedsføringsloven § 28 som hjemler vern av bedriftshemmeligheter. Straffeloven § 207 forbyr uberettiget bruk av forretningshemmeligheter.<sup>17</sup> På tross av at det kvalitative kravet til informasjonen har fått en ulik ordlyd, med henholdsvis «bedriftshemmelighet» i mfl. § 28 og «forretningshemmelighet» i strl. § 207, er begrepene innholdsmessig sammenfallende.<sup>18</sup> Oppgaven vil ikke behandle strl. § 207 noe nærmere, med unntak av om rettspraksis og forarbeider knyttet til denne bestemmelsen kan brukes for å belyse mfl. § 28 noe nærmere.

Av internasjonale forpliktelser er særlig TRIPS-avtalen (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), artikkel 39, av betydning for tolkning av bedriftshemmelighetsvernet. Avtalen er et vedlegg til WTO-avtalen, som er bindende for alle medlemmene.<sup>19</sup> Norge har ratifisert TRIPS-avtalen.<sup>20</sup> Markedsføringsloven bør derfor tolkes slik at Norge overholder sine internasjonale forpliktelser. Det er antatt at kravene, som oppstilles i artikkel 39, er i overensstemmelse med tolkningen som er lagt til grunn av «bedriftshemmelighet».<sup>21</sup> I relasjon til rettsstridsvurderingen er vernet så vagt formulert i TRIPS, at også denne vurderingen passer inn. Utover dette kjenner jeg ikke til at avtalen har betydning for de problemstillinger som behandles i oppgaven.

---

<sup>17</sup> Straffeloven §207 (1).

<sup>18</sup> Ot.prp. nr 22 (2008-2009), s. 405.

<sup>19</sup> Agreement establishing the World Trade Organization artikkel II nr 2.

<sup>20</sup> Kongelig resolusjon 1994.

<sup>21</sup> Se punkt 2.2.

## 2 Oversikt over bedriftshemmelighetsvernet

### 2.1 Hensyn

Markedsføringsloven regnes som en del av konkurranse- og markedsretten. Disse rettsområdene kjennetegnes ved at de pålegger plikter og begrensninger på aktørene i markedet. Konkurransereguleringer ser utover den konkrete saken og partenes interesser, og tar heller utgangspunkt i mer overordnede hensyn.<sup>22</sup>

Forarbeidene fremhever blant annet at vernet av bedriftshemmeligheter er ment som en *oppfordring til innovasjon og utvikling*. Stor konkurranse i næringslivet har resultert i at det til stadighet nedlegges store investeringer i å komme frem til nye metoder, plattformer og produkter. Incentivet til investeringer ligger i bedriftens forretningsmuligheter.<sup>23</sup>

En annen viktig bakgrunn for bedriftshemmelighetsvernet, er vernet av *tillitsforhold*.<sup>24</sup> Et vel fungerende næringsliv forutsetter i stor grad at man kan benytte den kompetansen som finnes innad i en bedrift. Dette forutsetter at rettighetshaveren trygt kan dele nødvendig informasjon, uten å frykte at den flyter videre. Dette tillitsmomentet setter i det videre begrensninger for bedriftshemmelighetsvernets rekkevidde ved at konkurrenter uten en slik lojalitetsforpliktende relasjon ikke berøres av § 28 (1).<sup>25</sup>

På den annen side er det viktig at vernet ikke strekkes så langt at det hindrer *effektiv ressursbruk i samfunnet*.<sup>26</sup> Ut fra samfunnsøkonomiske hensyn bør arbeidstaker kunne utnytte den erfaring han har opparbeidet seg, i tråd med den alminnelige handlefrihet, slik at det ikke går mot en «monopolartet beskyttelse for den enkelte forretning».<sup>27</sup> I det videre kan ikke vernet av bedriftshemmeligheter strekkes så langt at det griper inn i det grunnleggende prinsippet om at personer skal ha mulighet til å skaffe seg inntekt gjennom arbeid,<sup>28</sup> sml. Grunnloven § 110 (1) 1.pkt.

---

<sup>22</sup> Bjørnebye (2008) s. 28-29.

<sup>23</sup> Innstilling fra konkurranselovkomiteén 1966, s. 49.

<sup>24</sup> Innstilling fra konkurranselovkomiteén 1966, s. 50.

<sup>25</sup> Se punkt 2.3.

<sup>26</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 144.

<sup>27</sup> Innstilling til lov mot utilbørlig konkurranse (1915) s. 22.

<sup>28</sup> Skjønberg (2014) s. 216.



En annen side av samme sak er at en for sterk beskyttelse vil kunne *hindre innovasjon*.<sup>29</sup> Dette vil ikke være i tråd med samfunnsøkonomiske hensyn. Verdifull teknikk bør være tilgjengelig for allmennheten for å kunne fremme effektivitet og utvikling.<sup>30</sup>

Vilkårene i mfl. § 28 er ment å bygge på en avveining av disse hensynene. I det videre vil jeg redegjøre kort for vilkårenes vurderingstema med henblikk på hensynene. Da drøftelsen i kapitler 3 og 4 også vil trekke linjer til de vilkårene som ikke er oppgavens hovedtema, er det nødvendig å foreta en kortfattet fremstilling av alle vilkårene. Redegjørelsen er ikke ment å være uttømmende.

## 2.2 Bedriftshemmelighet

Det grunnleggende kravet for anvendelse av mfl. § 28, er at det foreligger en «bedriftshemmelighet». Begrepet er verken definert i markedsføringsloven eller i forarbeidene. Det nærmere innholdet er imidlertid trukket opp i rettspraksis, forarbeider og teori.<sup>31</sup> Særlig etter dommen Rt-2007-1841, er det to grunnleggende vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge en bedriftshemmelighet.<sup>32</sup>

For det første stilles det krav til at bedriften har iverksatt tiltak for å holde informasjonen *hemmelig*.<sup>33</sup> Hemmelighold kan enten være «uttrykkelig markert»<sup>34</sup> eller ligge klart i «selve situasjonen».<sup>35</sup> At hemmeligheten er kjent for andre utenfor bedriften, er ikke til hinder for beskyttelse etter § 28, forutsatt at de er underlagt en taushetsplikt. Informasjonen kan fortsatt anses hemmeligholdt selv om rettighetshaveren utsteder lisens til tredjemann som tillater utnyttelse, eller selger den videre.<sup>36</sup> Det avgjørende spørsmålet er om informasjonen fortsatt kan betegnes som en hemmelighet etter en konkret vurdering.<sup>37</sup>

For det andre må hemmeligheten oppfylle et *kvalitativt krav* som gjør den beskyttelsesverdig. Denne vurderingen har to sider. Det må være av betydning for bedriftens konkurransevne at informasjonen hemmeligholdes, og informasjonen må være «foretaksspesifikk».<sup>38</sup>

---

<sup>29</sup> Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966, s. 49.

<sup>30</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 144.

<sup>31</sup> Se Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966, s. 48; Rt-2007-1841; Irgens-Jensen (2010) s. 176.

<sup>32</sup> Avsnitt 22.

<sup>33</sup> se også Rt-1997-199.

<sup>34</sup> Rt-2007-1841.

<sup>35</sup> Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966, s. 48.

<sup>36</sup> *ibid.*

<sup>37</sup> *ibid.*

<sup>38</sup> LG-2013-162132.

I kravet til foretaksspesifikk informasjon kreves det at kunnskapen ikke er kjent eller lett tilgjengelig for andre.<sup>39</sup> Allmenn viten er, ut fra ovenfor nevnte kriterier, ikke beskyttet som bedriftshemmeligheter. Det ville stride mot belønnings- og innovasjonstankegangen å gi en næringsdrivende rett til å forby sine kontraktspartnere å benytte offentlige kilder eller informasjon som tilhører den alminnelige fagkunnskap.<sup>40</sup> Utfordringen ligger i å trekke grensen mellom informasjon som er beskyttet og den erfaring som fritt kan utnyttes. Grensen er ikke skarp.<sup>41</sup>

I grenseområdet mellom allmenn viten og bedriftshemmeligheter, eksisterer begrepet som på fagspråket er kalt «know-how». Begrepet kan i korte trekk beskrives som den kompetansen man opparbeider seg gjennom yrkeslivet.<sup>42</sup> Ofte er «know-how» å regne som «kvalifisert viten og erfaring som er mer enn alminnelig teknisk og kommersiell viten, men som ikke ligger så høyt at det får karakter av bedriftshemmeligheter».<sup>43</sup> «Know-how» kan likevel være beskyttet på bakgrunn av avtale, markedsføringsloven § 25, eller om den etter en konkret vurdering oppfyller kravene til en «bedriftshemmelighet».

### 2.2.1 Allment kjent eller lett tilgjengelig – for hvem?

Når en skal ta stilling til om kunnskap er foretaksspesifikk, må en spørre om *hvem* informasjonen ikke må være kjent eller lett tilgjengelig for.

I patentretten tas utgangspunktet i «fagmannen» i vurderingen av om oppfinnelsen kan patenteres. Fagmannen er en teknisk kyndig fagperson som er kjent med teknikkens stand på området på søknadstidspunktet og har evne til å utnytte alt kjent materiale på en fagmessig måte.<sup>44</sup> I noen underrettsdommer om «sum av viten» har domstolen også benyttet begrepet «fagmannen» for å fastsette vurderingsnormen.<sup>45</sup> I TSTAV-2006-56178-2 «Roxar II» tar retten utgangspunkt i «... hva ‘fagmannen’ eller en person ‘skilled in the art’ kan lese seg til gjennom åpne kilder», for å avgjøre hva som kan anses som allment kjent. Det foreligger for øvrig ingen vurdering eller begrunnelse for hvorfor termen fra patentretten benyttes.

---

<sup>39</sup> Sandvik (upub.) s. 2.

<sup>40</sup> LB-2013-20938.

<sup>41</sup> Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966, s. 48-49.

<sup>42</sup> Lunde (2016) note 110.

<sup>43</sup> *ibid.*

<sup>44</sup> NU 1963: 6 s. 127.

<sup>45</sup> LB-2013-20938, LB-2003-8617, LB-2008-17240.

Terskelen for å anse noe som en bedriftshemmelighet skal, i tråd med lovgivers vilje, ikke likestilles med patentrettens krav til «nyhet» og «oppfinneshøyde», jf. patentloven § 2.<sup>46</sup> Dette tilsier at man ikke burde anvende samme strenge norm i søken etter hva som er allment kjent eller lett tilgjengelig i bedriftshemmelighetsvernet. Mens patentretten først og fremst beskytter den innovative innsats, bygger bedriftshemmelighetsvernet på en mer kompleks avveining; Hensynet til innovasjon er relevant, men beskyttelsen oppstår i stor grad på bakgrunn av det tillitsforhold som forelå mellom partene. Fordi bedriftshemmelighetsvernet bare hindrer tidligere kontraktsparter i å benytte kunnskapen, er det ikke nødvendig å sette samme kvalitative krav til opplysningene som etter patentretten.

TRIPS-avtalen krever at informasjonen ikke må være kjent «within the circles that normally deal with the kind of information in question».<sup>47</sup> Den samme definisjonen er lagt til grunn i det nye EU-direktivet om forretningshemmeligheter.<sup>48</sup> At informasjonen ikke må være kjent «innenfor den krets som vanligvis har befatning med den aktuelle type informasjon...»,<sup>49</sup> indikerer en avgrensning av personkretsen til andre aktører innenfor det samme markedet. Normen i kartleggingen av bedriftshemmelighetsvernet bør derfor være at om informasjonen er ukjent for viktige konkurrenter, er dette tilstrekkelig til å skille den fra kjent kunnskap.<sup>50</sup>

Om vi går ut fra at normen er satt, står man overfor nye praktiske utfordringer i kartleggingen av om informasjonen er «ukjent». Sentrale spørsmål her er hvem de viktigste konkurrentene er, og hvordan man kartlegger hva de vet og ikke vet. Her kan uttalelsen i Rt-1964-238 «Notflottør» brukes som veiledning.<sup>51</sup> Om en bedrift har oppnådd et resultat bygget på en «tidkrevende og trolig kostbar» utviklingsprosess, taler dette for å anse kunnskapen som en bedriftshemmelighet. Dette fordi informasjonen ikke lå lett tilgjengelig i de åpne kanaler, men først fikk sin verdi gjennom bearbeidelse.<sup>52</sup>

## 2.3 Pliktsubjektene

Forbudet mot utnyttelse i mfl. § 28 gjelder for den som «i anledning av et tjeneste-, tillitservervs- eller forretningsforhold» har fått kjennskap til en bedriftshemmelighet. Forretningsforhold omfatter «de tilfelle hvor en som står i en viss forbindelse med bedriften, får kjennskap

---

<sup>46</sup> LB-2008-17240, Innstilling fra konkurranselovkomiteén 1966, s. 48-50.

<sup>47</sup> art 39 (2).

<sup>48</sup> Se kapittel 6. EP/Rdir 2016/943 EF.

<sup>49</sup> Justis- og beredskapsdepartementet (2017).

<sup>50</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 182.

<sup>51</sup> Se punkt 3.2.2.

<sup>52</sup> Slik også i Rt-2007-1841.

til en hemmelighet, f.eks. som følge av et oppdrag eller konsulentforhold eller gjennom forhandlinger om bedriftens forhold». <sup>53</sup> Et slikt forhold kan oppstå gjennom eksempelvis ansettelse, oppdrag eller samarbeidsforhold. Dersom en konkurrent skulle klare å analysere seg frem til en bedriftshemmelighet, faller dette utenfor mfl. §28, som følge av avgrensningen av pliktsubjektene. <sup>54</sup> Dette på bakgrunn av bestemmelsens formål om å verne om tillitsforhold. <sup>55</sup>

Det er ikke avgjørende om bedriftshemmelighetene er kommet til samarbeidspartnerens kunnskap *etter* at forholdet opphørte. Det avgjørende er hvorvidt kunnskapen er oppnådd som en årsak av at partene sto eller står i et tillitsforhold, jf. «i anledning» og Rt-2007-1841. <sup>56</sup>

## 2.4 Næringsvirksomhet

Den rettstridige utnyttelsen må ha skjedd i «næringsvirksomhet» for å rammes av forbudet i mfl. § 28. Det finnes ikke en legaldefinisjon av begrepet i markedsføringsloven, men det er lagt til grunn i forarbeidene at næringsvirksomhet er «virksomhet som drives vedvarende». <sup>57</sup> Dette beror på en vurdering av virksomhetens «art, omfang, formål osv.». Forbudet rammer ikke privat bruk av bedriftshemmeligheter. <sup>58</sup> I tillegg har det ikke betydning om driften er profittorientert eller ikke.

## 2.5 Krenkelseshandlingen

Forbudet i mfl. § 28 gjelder «rettstridig utnyttelse» av bedriftshemmeligheter. Krenkelsesvurderingen består av to elementer; det må foreligge en *utnyttelse*, og utnyttelsen må være *rettstridig*.

Ordet «utnytte» favner vidt. Det omfatter både at bedriftshemmeligheten benyttes i «egen virksomhet eller under ansettelse hos en tredjemann, eller at man overdrar den mot betaling...». <sup>59</sup> Dersom den klassifiserte informasjonen er direkte kopiert, for eksempel dersom en forhenværende ansatt starter produksjonen etter en metode som trinn for trinn tilsvarer den tidligere arbeidsgivers produksjonsmetode, er det åpenbart snakk om en utnyttelse. Men det er også «utnyttelse» om bare enkelte trinn er brukt, med mindre det skulle godtgjøres at krenke-

---

<sup>53</sup> Løchen (2003) s. 147.

<sup>54</sup> Sandvik, (upub), s 6-7.

<sup>55</sup> Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966, s 50.

<sup>56</sup> Om dommen i punkt 4.3.2.2.

<sup>57</sup> Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966, s. 20.

<sup>58</sup> Lunde (2016) note 113.

<sup>59</sup> Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966, s. 53.

ren har hentet dem fra andre steder. Er det snakk om opplysninger om en konkurrents prisstrategi eller lignende, kan en spørre om det bare foreligger en utnyttelse dersom den angivelige krenkeren ville ha truffet en annen beslutning, for eksempel om egen prisstrategi, om han ikke hadde hatt tilgang til bedriftshemmeligheten. Svaret er nei - det kan foreligge en utnyttelse selv om man ikke kan sannsynliggjøre at den angivelige krenker ville foretatt seg noe annet uten hemmeligheten.<sup>60</sup> Det er antatt i teorien, at den nedre grensen for å konstatere utnyttelse foreligger når «hemmeligheten har inngått som en del av et beslutningsgrunnlag».<sup>61</sup>

Det er selve *utnyttelsen* av en bedriftshemmelighet som er forbudt. Å skaffe seg tilgang til en bedriftshemmelighet, lovlig eller ulovlig, er ikke regulert av bestemmelsen, men det kan være forbudt etter andre normer. Særlig straffelovens bestemmelser om tilegnelse av forretningshemmelighet, tyveri og datainnbrudd kan nevnes, jf. strl. §§ 208, 321 og 204.<sup>62</sup>

Selv om begrepet er vidt, kan det være en utfordrende bevismessig oppgave å sannsynliggjøre at bedriftshemmeligheten er benyttet – særlig i saker med få tekniske spor.<sup>63</sup> Dette fordi kunnskapen eksisterer i større eller mindre grad i sinnet til personer, og at det derfor ikke kreves fysiske eller digitale overføringer for å bruke informasjonen. Det kan være svært vanskelig å bevise at en tankeprosess, som senere leder til en idé, et prosjekt, eller et resultat, har benyttet bedriftshemmeligheter fra en tidligere samarbeidspartner.

Enhver utnyttelse av hemmelighetene er likevel ikke forbudt. Bruken må være *rettsstridig*. Bruk i tråd med et forutgående samtykke eller i tråd med de forutsetningene som forelå for samarbeidsforholdet, tilsier at bruken er tillatt.<sup>64</sup> Eksempelvis kan en arbeidsgiver gi tillatelse til at en arbeidstaker utnytter hemmeligstemplet informasjon i sin nye virksomhet, mot at den tidligere arbeidsgiver mottar en prosentvis andel av bedriftens omsetning. Utfordringen kan potensielt ligge i at partene er uenige om hva som var avtalt og hvilke forutsetninger som lå til grunn ved avtaleinngåelsen eller ved konkludent adferd. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 4.3.

---

<sup>60</sup> Rt-2007-1841, avsnitt 31.

<sup>61</sup> Lunde (2016) note 112, Rt-2007-1841.

<sup>62</sup> Straffeloven 2005.

<sup>63</sup> Eksempelvis LA-2012-56160.

<sup>64</sup> Lunde (2016) note 112.

### 3 «Sum av viten»

#### 3.1 Innledning

Av de kvalitative kravene til en bedriftshemmelighet, er det særlig kravet til foretaksspesifikk viten som er av betydning for skillet mellom fri og beskyttet «sum av viten».<sup>65</sup> Foretaksspesifikk viten er informasjon som *ikke* er kjent eller lett tilgjengelig for andre.<sup>66</sup> Likevel er det utviklet en lære gjennom rettspraksis hvor kjent kunnskap kan beskyttes der den inngår i en sammenstilling av annet materiale, kjent eller ukjent. Beskyttelse av kunnskap gjennom en sammenstilling har fått navnet «sum av viten». Læren omfatter den erfaring man oppnår gjennom «prøving og feiling»,<sup>67</sup> og kan eksempelvis være kunnskap om «alt som ikke virker».<sup>68</sup>

Det kan være utfordrende å trekke grensen mellom allmenn viten og subjektiv kunnskap på den ene siden, og den «sum av viten» som kan beskyttes sammen med øvrige bedriftshemmeligheter på den andre. I kapittel 3 vil jeg søke å klarlegge det rettslige innholdet og vurderingene knyttet til «sum av viten» basert på uttalelser i praksis for å gjøre dette skillet klarere. Innledningsvis vil det rettslige grunnlaget for læren analyseres under punkt 3.2. I punkt 3.3 vil jeg se på noen utfordringer som ligger til en beskyttelse av «sum av viten». I det videre vil kravene til «sum av viten» trekkes opp under punkt 3.4.

#### 3.2 Rettslig grunnlag for å verne «sum av viten»

##### 3.2.1 Lovtekst og forarbeider

Begrepet ”sum av viten” er ikke nevnt i verken lovtekst eller forarbeidene, men er blitt til gjennom rettspraksis.<sup>69</sup> Det betyr imidlertid ikke at de autorative kildene ikke har betydning for lærens eksistens og innhold.

Ordlyden setter begrensninger for hvorvidt læren kan anses som en «bedriftshemmelighet». Det kan ikke kreves enerett til enhver samling av erfaringer selv om den er opparbeidet gjennom et lojalitetsforhold. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at informasjonen må være en hemmelighet, som etter sin art gir bedriften rett til å hindre andre fra å utnytte den.

---

<sup>65</sup> Se punkt 2.2.

<sup>66</sup> Sandvik (upub.) s.2.

<sup>67</sup> LG-2003-8617.

<sup>68</sup> TSTAV-2006-56178-2.

<sup>69</sup> LG-2003-8617 m.fl.

Forarbeidene drøfter ikke problemstillingen om «sum av viten» kan beskyttes. Det bemerkes at forarbeidene til dagens markedsføringslov fra 2009 sier lite om bedriftshemmelighetsvernet. Det henvises i all hovedsak til eldre forarbeider til gammel lov.<sup>70</sup> I lys av at læren om «sum av viten» er relativt ny,<sup>71</sup> er det derfor lite å finne i eldre forarbeider. Forholdet mellom fri og beskyttet viten er for øvrig behandlet, og aspekter fra forarbeidene vil trekkes inn fortløpende i drøftelsen.

### 3.2.2 Rettspraksis

Læren om «sum av viten» har vokst frem i rettspraksis. Første gang spørsmålet om beskyttelse av «sum av viten» ble aktualisert, var i LG-2003-8617 «Roxar I». Sakens kjernesporsmål var om selskap A kunne kreve forbud mot markedsføring og salg, samt erstatning, av to tidligere ansatte for angivelig rettsstridig utnyttelse av kunnskap opparbeidet i utviklingen av en måleteknologi. Under daværende markedsføringslov § 7, var den sentrale vurderingen om den påståtte kunnskapen lå over den nedre grense mot allmenn viten og dermed oppfylte kravet til vilkåret «bedriftshemmelighet».

Tingretten hadde i sin vurdering foretatt en konkret gjennomgang av noen offentlige rapporter som saksøkte hevdet som grunnlag for at saksøkers prosjekter var allment kjent. De holdt de enkelte elementene i måleteknologien opp mot allmenn viten og alminnelig fagkunnskap, og konkluderte med at flowsystemeren, utarbeidet av saksøkte, representerte et faglig selvstendig utviklingsarbeid. Lagmannsretten var ikke enig i denne tilnærmingen. I motsetning til tingretten, la lagmannsretten til grunn at en vurdering av grunnvilkåret i bedriftshemmelighetsvernet beror på en bred og sammensatt helhetsvurdering. Vurderingens formål var ikke å se om de enkelte elementene var allment kjent eller fri til bruk som subjektive erfaringer. I stedet måtte man anlegge en helhetsvurdering med en bredere innfallsvinkel. Prosessen skulle sees under ett. Som rettslig grunnlag for en slik helhetlig innfallsvinkel, ble det henvist til Rt-1964-238, «Notflottør».

Spørsmålet i «Notflottør» var hvorvidt en tidligere ansatt på en plastfabrikk rettsstridig hadde røpet produksjonsprosessen av notflottører til sin nye arbeidsgiver. Ansvarer i saken bygde ikke på mfl. § 28, men på en tolkning av den taushetsplikt som var pålagt arbeidstaker etter arbeidsavtalen. En generell uttalelse om bedriftshemmelighetsvernets rekkevidde ble for øvrig gjort i et obiter dictum som en kommentar til underrettenes behandling av saken.

---

<sup>70</sup> Ot.prp.nr.55 (2007-2008) s. 206-207.

<sup>71</sup> Spørsmålet ble første gang aktualisert i 2003, se LG-2003-8617.

«Under enhver omstendighet må man kunne gå ut fra at den produsent som har funnet frem til en lønnsom produksjonsprosess, dermed har skaffet seg et økonomisk fortrinn som andre ikke vil kunne ta igjen uten tidkrevende og trolig kostbare forsøk hvis resultat når det gjelder muligheten for å få etablert en konkurransedyktig produksjon, kan stille seg uvisst. Dette er momenter som sterkt trekker i retning av at den produksjonsprosess som B hadde funnet frem til på den tid da A sluttet i bedriften, måtte betegnes som en bedriftshemmelighet som hadde vern etter straffelovens § 294 nr. 2.»<sup>72</sup>

Spørsmålet er videre hva uttalelsen i «Notflottør» gir grunnlag for å hevde. Jeg mener retten refererer til hensyn som kan begrunne et bedriftshemmelighetsvern. Dette kan studeres under vilkåret om at informasjonen må være foretaksspesifikk, hvor retten synes å legge opp til at en ukjent sammensetning som leder til en «lønnsom produksjonsprosess» også skal kunne beskyttes, selv om sluttproduktet eller fremgangsmåten består av kjente elementer. Hensynet om rettferdig lønn for den innsats som er nedlagt i å samle inn og sammenstille informasjonen, ser ut til å begrunne et slikt resultat.

Høyesterett gir uttrykk for at en sammenstilling av informasjon kan anses «ukjent» der det kreves «tidkrevende og trolig kostbare» forsøk for at andre skal kunne oppnå de samme resultatene. Et krav om at også sammenstillingen må være «ukjent» har den beste økonomiske begrunnelse for seg.<sup>73</sup> Når informasjonen finnes lett tilgjengelig, må bedriften regne med at andre konkurrenter når som helst kan benytte den. Verdien av informasjonen er da så liten at de hensyn som taler for fri benyttelsesrett for pliktsubjektene bør tillegges vesentlig vekt.<sup>74</sup>

«Notflottør», sammenholdt med «Roxar I», er i senere tid brukt som grunnlag for å hevde en beskyttelse av *helheten* når enkeltelementene er allment kjente eller lett tilgjengelig. Rettspraksis på området omfatter «Roxar II»<sup>75</sup>, «TCO»<sup>76</sup>, «Vensafe»<sup>77</sup>, «Scanmar»<sup>78</sup>, «Efkon»<sup>79</sup>, «Lakselus»<sup>80</sup> og «IOR»<sup>81</sup>. Dommene vil videre henvises til ved populærnavn.

I mangelen av et prejudikat om eksistensen og omfanget av læren, bør det foreligge nokså tungtveiende grunner for å fravike en entydig underrettspraksis.<sup>82</sup> Kvantitativt sett kan det sies

---

<sup>72</sup> Rt-1964-238. §294 (2) er videreført i straffeloven §207.

<sup>73</sup> Ikke alminnelig kjent eller lett tilgjengelig.

<sup>74</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 179.

<sup>75</sup> TSTAV-2006-56178-2.

<sup>76</sup> LG-2013-162132.

<sup>77</sup> LB-2013-20938.

<sup>78</sup> LA-2004-60570.

<sup>79</sup> Sør-Trøndelag tingretts dom av 12. februar 2014.

<sup>80</sup> Oslo tingretts dom av 3. mars 2016.

<sup>81</sup> Oslo tingretts dom av 14. mai 2010.

<sup>82</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 116, Rt-2003-713 premiss 64, punkt 1.4.



at antall dommer som behandler «sum av viten» er oppe på et nivå som kan tyde på en entydig praksis. Om dommene kvalitativt sett kan sies å bygge opp om de samme prinsippene, krever en nærmere analyse.

### 3.3 «Summen» i «sum av viten»

#### 3.3.1 Innledning

Det er noen utfordringer som ligger til en beskyttelse av «sum av viten». Særlig hensynet til arbeidstakers mobilitet krever at vernet ikke blir for vidt. I det følgende vil jeg diskutere hvilke avgrensninger som må foretas for å imøtegå dette hensynet. Sentrale spørsmål er her hvilken informasjon som skal inngå i helhetsvurderingen og hvordan kravet til konkretisering av opplysningene stiller seg til en beskyttelse av «sum av viten».

#### 3.3.2 Avgrensninger av «helhetsvurderingen»

Beskyttelse av «sum av viten» beror på om informasjonen oppfyller de kvalitative kravene til bedriftshemmelighetsvern etter en «helhetsvurdering», jf. «Roxar I». Hvilke elementer som trekkes inn i helhetsvurderingen har betydning, da avgrensningen av helheten også avgrenser den «sum av viten» som kan beskyttes. Både de øvrige vilkår for «bedriftshemmelighet» og praktiske omstendigheter setter begrensninger for hvilket omfang «summen» kan ha.

Det er lite praktisk å hevde bedriftshemmelighetsvern for «all viten» som er opparbeidet i samarbeidsforholdet, det være seg på bakgrunn av en konfidensialitetsavtale eller mfl. § 28. For det første vil en slik avtale ofte bli tolket innskrenkende eller kjent ugyldig på bakgrunn av vernets egentlige innhold som en konkurranseklausul.<sup>83</sup> For det andre vil mye av kunnskapen være av allmenn karakter,<sup>84</sup> som det hverken er et behov for eller et egentlig ønske om å beskytte ut fra de prinsipper som ligger bak bedriftshemmelighetsvernet.

Videre vil de øvrige vilkårene for å anse kunnskap som en «bedriftshemmelighet», utover kravet til «foretaksspesifikk» viten, legge begrensninger på omfanget av «helheten» som kan beskyttes. Bedriften må ha truffet tiltak for å holde kunnskapen hemmelig.<sup>85</sup> Hevder man beskyttelse av «alt», må bedriften også ha truffet tiltak for å holde «alt» hemmelig. Summen må videre ha betydning for bedriftens konkurransevne.

Av disse grunner kan ikke «all informasjon» opparbeidet i et samarbeidsforhold vernes som «sum av viten».

---

<sup>83</sup> Arbeidsmiljøloven kapittel 14A, avtaleloven §38, LB-2008-17240.

<sup>84</sup> Eksempelvis faktureringssystemer og administrative oppgaver.

<sup>85</sup> Rt-2007-1841 avsnitt 22.

I rettspraksis krever rettighetshaver som regel vern for informasjon knyttet til utviklingen av et konkret produkt, som en treningsmaskin,<sup>86</sup> en glassplugg,<sup>87</sup> eller en vareautomat.<sup>88</sup> Spørsmålet er om den aktuelle «sum av viten» må være knyttet til en bestemt produktsammensetning eller produksjonsprosess.

Et sitat fra «Notflottør» kan tale for at «sum av viten» bør begrenses til disse tilfellene. «Selv om «know-how» ikke omfatter en bedriftshemmelighet, vil den sum av viten og erfaring som den representerer, og som ofte ligger bak en *sammensetning, metode eller prosess*, som regel være så verdifull for en bedrift at den naturlig vil forsøke å bevare disse opplysningene for seg selv» (uth.her). Sitatet er senere gjengitt i forarbeidene for å beskrive skillet mellom fri og beskyttet viten,<sup>89</sup> og uttalelsen bør derfor ha verdi for de alminnelige avgrensningene.

Det finnes ingen dommer – så vidt meg kjent, som gir beskyttelse for «sum av viten», hvor saksøker ikke har vist til prøving og feiling i utviklingen av en prosess eller et produkt. Likevel kan ikke sikre konklusjoner trekkes på denne bakgrunn.

Hensynene bak bestemmelsen kan begrunne en avgrensning av beskyttelse under «sum av viten» til den prøving og feiling som ligger bak et produkt eller prosess. Bedriftshemmelighetsvernet er ment som en oppfordring til innovasjon og utvikling.<sup>90</sup> Det er nærliggende å anta at næringsdrivende foretar investeringer som vil lede til en form for gevinst, og at en slik gevinst ofte ligger i utviklingen av nye metoder og oppfinnelser. Videre må hensynet til næringsdrivendes interesser i å hemmeligholde verdifull kunnskap ikke strekkes så langt at det hindrer arbeidstakers mobilitet.<sup>91</sup> Å avgrense beskyttelsen av «sum av viten» til å gjelde en bestemt produktsammensetning eller produksjonsprosess, vil kunne begrense bedriftshemmelighetsvernets rekkevidde slik at det ikke oppleves for inngripende for arbeidstaker.

Karakteristikker ved beskyttet «sum av viten» setter i det videre begrensninger for mulige alternativer som ikke er prosesser eller produkter. Det er sammenstillingen av informasjon som gir helheten verdi, og jobben med å sette sammen kjente elementer har typisk blitt til gjennom en prosess av prøving og feiling. Bedriftshemmelighetsbegrepet kan i sin alminnelighet omfatte kundelister, lanseringsdatoer for en kleskolleksjon eller annet. Når det gjelder

---

<sup>86</sup> LB-2008-17240.

<sup>87</sup> LG-2013-162132

<sup>88</sup> LB-2013-20938.

<sup>89</sup> Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966, s. 49.

<sup>90</sup> *ibid.*

<sup>91</sup> Sml. Grunnloven § 110 (1).

beskyttelse av summen av kunnskap som er kommet til i utarbeidelsen av slike beslutninger, kan det virke mindre aktuelt å kreve beskyttelse av «sum av viten».

Den aktuelle «sum av viten» synes derfor å måtte være knyttet til en bestemt produktsammensetning eller produksjonsprosess. I «helhetsvurderingen» av om «sum av viten» er foretaksspesifikk, er det derfor bare kunnskap opparbeidet i tilknytning til disse prosjektene som kan trekkes inn.

### 3.3.3 Konkretisering

For å oppfylle vilkåret om foretaksspesifikk informasjon, er det i teorien antatt at det gjelder et krav til «konkretisering» av opplysningene.<sup>92</sup> Kravet medfører at rettighetshaver må peke på en avgrenset type informasjon eller en spesifikk kategori av opplysninger som de hevder å ha «rett» over.<sup>93</sup> Kravet til konkretisering er ikke uttrykkelig omtalt i forarbeidene og kan ikke leses direkte ut av ordlyden. Vilkaåret om «bedriftshemmelighet» gir likevel noen føringer, da det blir kunstig å la vilkåret omfatte det helt abstrakte.<sup>94</sup>

Rekkevidden av kravet er ikke klarlagt.<sup>95</sup> Om kravet til konkretisering også gjelder for «sum av viten», fremstår ikke entydig basert på tolkning av rettspraksis.

I «Roxar I» ble det hevdet beskyttelse av kunnskap knyttet til utviklingen av et spesifikt prosjekt. Retten uttalte at bedriftshemmeligheten i saken var «den sum av viten som ligger til grunn for Fluentamåleren i den utformingen den hadde høsten 1998». Videre fant retten at påstått krenker hadde foretatt en rettsstridig utnyttelse, i hovedsak grunnet kort utviklingstid. Det ble med andre ord ikke pekt på spesifikke omstendigheter eller hvilke forhold det var som ga helheten preg av å være foretaksspesifikk. Dommen er kritisert i litteraturen for å ha stilt for lave krav til konkretisering.<sup>96</sup>

I «Vensafe» ble det konstatert at saksøker i liten grad hadde konkretisert for lagmannsretten hva som utgjorde beskyttet «sum av viten». Retten fant at produksjonsprosessen ikke representerte en bedriftshemmelighet «selv om Vensafe har funnet frem til smarte løsninger som innebærer erfaringsbaserte forbedringer av produktet.»

---

<sup>92</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 230-232.

<sup>93</sup> Lunde (2015) s. 232.

<sup>94</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 230. Se punkt 3.4.5.

<sup>95</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 230 flg.

<sup>96</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 219.

I «Roxar II» viste retten til saksøkers anførsel om at «alt som ikke virker» er en bedriftshemmelighet. Retten var av oppfatning at «selv om «sum av viten» kan være en bedriftshemmelighet, kan ikke kravet til en viss konkretisering av bedriftshemmeligheten bortfalle. Grensen mot det som er allment kjent og mot subjektiv kunnskap, som fritt kan utnyttes, må trekkes også i forhold til» læren.

Kravene for konkretisering slik de er listet i «Roxar II» har gode grunner for seg. «Sum av viten» kan bare beskyttes der «summen» er foretaksspesifikk. Det er opp til rettighetshaver å bevise at produksjons sammensetningen eller produksjonsprosessen ikke var kjent, jf. alminnelige bevisregler.

En viss konkretisering ligger i å hevde beskyttelse av en bestemt produktsammensetning eller produksjonsprosess. Dette har vist seg å være nok i saker som «TCO» og «Roxar I». I «Roxar II» og «Vensafe» var en slik henvisning ikke nok.

Kravet til konkretisering for «sum av viten» kan synes å måtte nyanseres ut fra den kompleksitet som ligger til produktet.<sup>97</sup> Dette kan begrunne de ulike utfallene i de fire sakene nevnt ovenfor, da hverken «flerfasemåleren» i «Roxar I» eller vareautomaten i «Vensafe» hadde den nødvendige kompleksitet og egenart.

I tilfellene der det er tale om et nytt produkt på markedet, vil kravet til konkretisering ofte være oppfylt ved å vise til at rettighetshaver er den eneste som har klart å utnytte de kjente elementene i sammenheng for å komme frem til sitt resultat, se «Roxar I». Til forskjell bør videreutvikling av et allerede eksisterende produkt, kreve en nærmere konkretisering, jf. «Vensafe». Dette fordi man ikke kan få beskyttelse for en kjent sammensetning, og man må derfor kunne konkretisere nærmere hvilke sammensetninger som er kjent og hva som er nytt. Eksempelvis, om det er kjent at det optimale materiale for en plugg til bruk i oljebrønner er glass, kan man ikke få beskyttelse for bruk av dette materiale. Men dersom man kommer frem til en produksjonsprosess som gjør at glasspluggen ikke sprekker, og prosessen er «ukjent» for konkurrenter i markedet, kan den «sum av viten» som ligger bak utviklingsprosessen vernes.<sup>98</sup>

Et krav om konkretisering har flere gode grunner for seg. For det første vil kravet kunne imøtegå lærens flytende karakter. «Sum av viten» gir vern for den samlede kunnskap knyttet til tidligere erfaringer. Av hensyn til forutberegnelighet, er det viktig å kunne anvende konkrete

---

<sup>97</sup> Se punkt 3.3.3.

<sup>98</sup> Sml. LG-2013-162132.

holdepunkter for å avgrense vernets rekkevidde. Videre er det viktig med en avgrensning i relasjon til bedriftshemmelighetsvernets konsekvenser. For at vernet i realiteten ikke skal brukes som en konkurranseklausul, hvor arbeidstaker må bytte yrke for å kunne utnytte opparbeidet erfaring, står kravet om konkretisering sentralt for å avgrense vernets rekkevidde.<sup>99</sup> Lovtekniske hensyn taler her for at bedriftshemmelighetsvernet ikke bør tillate beskyttelse av opplysninger i videre utstrekning enn avtalefriheten åpner for.

I lys av at «sum av viten» er begrenset til en bestemt produktsammensetning eller produksjonsprosess, vil en henvisning til det konkrete prosjektet medføre en form for konkretisering. Dette synes å være nok i tilfellene hvor produktet eller prosessen er kompleks og egenartet.<sup>100</sup> Ved påstått beskyttelse av et resultatet som ikke bærer preg av et visst innovasjonsnivå, bør det i tråd med «Vensafe» kreves en ytterligere konkretisering av hvilken del (sammensetning av enkeltelementer) som oppfyller kravet til foretaksspesifikk viten.

### 3.3.4 Sammenfatning

«Sum av viten» kan tilsynelatende virke å gi et vern som hindrer arbeidstakers mobilitet ved at beskyttelse av «summen» gir beskyttelse for «alt». Slik er det ikke. Kunnskapen må være knyttet til en bestemt produktsammensetning eller produksjonsprosess. Dette kravet medfører, til en viss grad, en konkretisering av informasjonen det hevdes beskyttelse for, men rettighetshaver må i noen tilfeller gå nærmere til verks for å presisere hvilken kunnskap han hevder er beskyttet. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor produktet eller prosessen totalt sett har en lav grad av kompleksitet og egenart.

## 3.4 Kravene til «sum av viten»

### 3.4.1 Innledning

I det videre vil jeg se på hvilke vurderingsmomenter som er anvendt i vurderingen om «sum av viten» kan utgjøre en vernet bedriftshemmelighet, og hvilken vekt de er tillagt i rettspraksis. Gjennom denne analysen vil jeg søke å klargjøre innholdet i læren for å se om det finnes en holdbar begrunnelse for å statuere beskyttelse av «sum av viten».

### 3.4.2 Tid og midler

En rekke rettsavgjørelser har lagt vekt på at kunnskapen kan beskyttes når den er et resultat av en «sum av erfaringer fra prøving og feiling over år».<sup>101</sup> Da læren gir beskyttelse for kunn-

---

<sup>99</sup> En avtale som er for vid, vil kunne stride mot kravet i arbeidsmiljøloven § 14A-1 (2): Innholdet må være begrunnet i «arbeidsgivers særlige behov».

<sup>100</sup> Se punkt 3.4.3.

<sup>101</sup> LG-2003-8617, TSTAV-2006-56178-2, LA-2004-60570, LB-2013-20938, LG-2013-162132.

skap som i sine enkeltelementer er kjent, synes beskyttelsen å være begrunnet i innsatsen som er lagt ned for å oppnå ønsket resultat. Det synes i hvert fall slik i «Roxar I». Retten uttalte at det ikke var avgjørende at enkeltelementer i de påberopte rapportene var bygget på allmenn viten. Det avgjørende var at «prøve- og feile prosessen som Fluenta drev med over år» resulterte i en sammenstilling av informasjon som «kunne sette andre i stand til å konkurrere med Fluenta/Roxar uten selv å utføre det arbeid og bruke de midler som Fluenta/Roxar hadde utført og brukt».

Av sitatet kan det utledes to begrunnelser for å tillegge prosessen med «prøving og feiling» verdi i vurderingen. Prosessen med innhenting og sammenstillingen av informasjon hadde tatt tid, og bedriftens innsats hadde gitt et resultat som hadde krevd midler. Spørsmålet er om bruk av tid og midler begrunner en beskyttelse av «sum av viten».

Tiden nedlagt i å utvikle en lønnsom produksjonsprosess kan brukes som en indikasjon på om sammenstillingen av informasjonen var lett tilgjengelig, eller om det var påkrevd en større innsats. Dersom informasjonen er allment tilgjengelig, vil konkurrenter lett kunne utnytte denne, og informasjonen har derfor ikke stor verdi. Det samme gjelder for informasjon som krever en form for transformasjon eller analyse, men ikke krever en beskyttelsesverdig innsats, jf. lett tilgjengelig.

Flere senere avgjørelser har lagt vekt på tidsmomentet. I «IOR» og «TCO» ble det fremhevet at utviklingsprosjektene hadde foregått over en årrekke. I «Efcon» la tingretten vekt på at utviklingen av en antenne var blitt til gjennom testing som hadde pågått i lang tid. I «SAS/Braathens» var det tilstrekkelig å oppfylle kravet til foretaksspesifikk informasjon på bakgrunn av at «tiden har gjort det mulig å oppnå resultater som man ellers ville ha brukt mer tid eller mer ressurser på å oppnå.» I alle sakene hvor det er gitt medhold i et vern for «sum av viten» hadde utviklingsprosessen pågått over lang tid, og i de fleste tilfeller over flere år.<sup>102</sup> At det kreves en innsats over tid synes således klart.

Midlene som er investert i utviklingen av en lønnsom produksjonsprosess belyser også i hvilken grad informasjonen var «ukjent» i markedet. Med «midler» siktes det til både penger og arbeidskraft.<sup>103</sup> Bruk av informasjon for å oppnå resultater som man ellers ville brukt mer ressurser på å få tak i, gir en klar indikasjon på at det foreligger en bedriftshemmelighet.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> LG-2003-8617, LG-2013-162132 og Oslo tingretts dom av 14.mai 2010. Sør-Trøndelag tingsretts dom av 12. februar 2014 spesifiserer ikke tidsforløpet.

<sup>103</sup> Rt-1964-208 og Sør-Trøndelag tingretts dom av 12. februar 2014.

<sup>104</sup> Rt-2007-1841.

Den som har måttet ta kostnad og risiko for den utvikling som foreligger, skal i tråd med incentiv- og belønningshensynet også kunne høste der han har sådd.

En senere lagmannsrettsdom indikerer for øvrig at en henvisning til tid og midler som grunnlag for en beskyttelsesverdig innsats ikke er nok for å beskytte en «sum av viten». I «Vensafe» avfeide retten saksøkers anførsel om at de hadde brukt «mye tid og store ressurser» for å utvikle en vareautomat. Retten pekte blant annet på at saksøker hadde brukt mye tid og ressurser på å teste «kjente problemer», at flere av de utviklede funksjonalitetene ikke ble tatt i bruk i det endelige produktet, og at størrelsen på ledelse og organisasjon var blant grunnene til relativt store kostnader. Fordi produktet hadde en begrenset grad av kompleksitet og egenart, mente retten at tid og kostnader ikke var forholdsmessig til å begrunne en beskyttelsesverdig innsats.

De samme synspunkter er lagt til grunn i «Roxar II» i krenkelsesvurderingen, men den nære sammenhengen mellom vilkårene taler for at samme betraktninger burde legges til grunn også i vurderingen av om det foreligger en «bedriftshemmelighet».

At det må foretas en nærmere analyse av den tids- og ressursbruk som foreligger, har flere gode grunner for seg. Bedriftshemmelighetsvernet gir beskyttelse for kunnskap som har betydning for bedriftens konkurranseevne, og som ikke finnes lett tilgjengelig. Hensynet til innovasjon og utvikling har størst vekt der innsatsen leder frem til nye metoder og produkter. Dersom tid og ressurser går med til å teste problemer som det allerede finnes et svar på i kjente kilder, burde en slik innsats ikke beskyttes. Det samme gjelder for ineffektiv innsats, eller der tiden er begrunnet i ytre omstendigheter, eksempelvis der et prosjekt er stoppet i påvente av et offentlig vedtak.

En utviklingsprosess som har gått over lang tid og krevd midler er derfor i seg selv ikke nok for å kreve en beskyttelse av «sum av viten». Momentet får først betydning der innsatsen leder til en innovativ utvikling, hvor produktet eller prosessen har en form for kvalitet. Vekten av tid og midler som moment i vurderingen avgjøres derfor på bakgrunn av produktet eller prosessens kompleksitet og egenart.

### 3.4.3 Kompleksitet og egenart

Det er ikke kontroversielt at bedriftshemmelighetsvernet kan gi beskyttelse for kunnskap om hvordan man utnytter enkeltelementer i sammenheng. Å gi beskyttelse for helheten når enkeltelementene er kjente, krever for øvrig en nærmere begrunnelse.<sup>105</sup> Andre immaterialrettighe-

---

<sup>105</sup> Se Sandvik (upub) s. 4.

ter krever en form for innovativ innsats før det kan oppstilles en beskyttelse.<sup>106</sup> Spørsmålet er om også beskyttet «sum av viten» kan være begrunnet i produktets- eller prosessens kompleksitet.

En kompleks utviklingsprosess eller et komplekst resultat kan begrunne at den tid som utviklingen har tatt bør lede til en beskyttelsesverdig innsats, jf. belønningshensynet. Av foreliggende rettspraksis, kommer momentet særlig frem i «Scanmar».<sup>107</sup> Lagmannsretten sammenlignet innovasjonsnivået i det fangstkontrollsystemet som var søkt beskyttet, mot produktene i «Notflottør» og «Roxar I».<sup>108</sup> I de tidligere dommene bar produktene preg av å være et «spesifikt og egenartet instrument med ny funksjonalitet, basert på innovativ utnyttelse av grunnleggende fysiske prinsipper».<sup>109</sup> En slik karakteristikk mente retten ikke passet fangstkontrollsystemet. Av denne grunn ville ikke retten beskytte den «sum av viten» som lå bak utviklingen.

Den konkrete begrunnelsen for resultatet i «Scanmar» synes å bygge på at selskapet ikke hadde benyttet allerede kjent informasjon på en ny måte. De hadde foretatt en gradvis utvikling av funksjonalitet og forbedringer fra informasjon som allerede fantes på markedet. Den sammenstilling av informasjon som forelå, synes derfor å ha ligget til den naturlige utviklingen, og den var derfor ikke beskyttelsesverdig.

Dette har senere blitt fulgt opp i praksis, hvor det er stilt krav til sammenstillingens «kompleksitet og egenart», jf. «Lakselus» og «Vensafe».

Et krav til et visst innovasjonsnivå for «sum av viten» kan begrunnes i den karakteristikk som ligger til læren. En «sum» av viten krever språklig sett at det foreligger en sammenstilling av flere enkeltelementer. Hvert enkeltelement kan nyte vern som bedriftshemmelighet. Læren om «sum av viten» får for øvrig først betydning når det foreligger deler som ikke nyter vern hver for seg.<sup>110</sup> Verdien av summen ligger i at man har klart å velge hvilke enkeltelementer som skal inngå og hvordan de skal kombineres, jf. «Notflottør». Det er for øvrig klart at ikke alle sammenstillinger av allmenn- eller lett tilgjengelig kunnskap kan oppfylle kravet til foretaksspesifikk viten. Dersom sammenstillingen må anses som tilgjengelig for folk i bransjen, vil de samme hensyn, som taler mot beskyttelse av lett tilgjengelig kunnskap, slå inn. Be-

---

<sup>106</sup> Se punkt 5.2.

<sup>107</sup> LA-2004-60570.

<sup>108</sup> Se 3.2.2.

<sup>109</sup> Notflottøren ble ansett å ha et lavere innovasjonsnivå enn flerfasemåleren, men var fortsatt spesifikt og egenartet.

<sup>110</sup> Sandvik (upub.) s. 4. Dette er aktuelt der delene ikke er «foretaksspesifikke».



skyttelse av summen kan i dette tilfellet nektes.<sup>111</sup> Det samme gjelder om utviklingen er skjedd i tråd med markedets øvrige utvikling, da resultatet vil bære preg av å være erfaringer av allmenn, fagmessig art. Eksempelvis vil en fremstilling av legemidler som kun krever blanding av pulver i bestemte forholdstall, være en enkel form for fremstilling.<sup>112</sup> Dette i lys av at man skal vurdere prosessen ut fra den innsikt konkurrentene er antatt å ha.<sup>113</sup>

#### 3.4.3.1 Grad av kompleksitet og egenart

Hvor innovativt produktet, sammensetningen eller metoden må være, er ikke diskutert nærmere i dommene. Det er vanskelig å oppstille et generelt krav. Normen om at informasjonen må være ukjent for viktige konkurrenter, kan likevel bidra med en viss veiledning.<sup>114</sup>

Produktet eller metoden må være kompleks for konkurrentene i markedet. Dette kommer særlig frem i dommene hvor det er gitt avslag på beskyttelse av «sum av viten». I «Vensafe» fant retten at saksøkers vareautomat hadde benyttet de samme elementene som andre bedrifers automater, som videre bestod av en begrenset grad av variasjon. I «Lakselus» var saksøkers metode for fremstilling av et middel mot lakselus basert på «standardiserte metoder», som måtte anses kjent for personer som tidligere hadde vært involvert i lignende produksjonsprosesser.<sup>115</sup>

Til forskjell hadde produktene i «IOR», «TCO», «Efcon» og «Roxar I» preg av å bestå i en egenutvikling. I «Efcon» ble den aktuelle antennen ansett som så spesiell at den ble omtalt som en «signatur» for selskapet som hadde utviklet den. I «IOR» hadde saksøkte benyttet seg av kunnskap ervervet ved et ventilprosjekt for å skaffe seg et patent, som han ellers ikke ville fått. I «TCO» var den aktuelle glasspluggteknologien en løsning på et behov i markedet, i tillegg til å oppfylle kravene for patentering. I «Roxar I» var det ikke tvilsomt at det kun var saksøker som hadde lyktes med å anvende de aktuelle grunnprinsippene i kombinasjon for å utvikle den aktuelle teknologien. Også i denne saken hadde saksøkte senere oppnådd patent basert på bedriftshemmelighetene.

Det kan neppe oppstilles et krav om at informasjonen kan lede til et patent. Dette ville uthule et vern av «sum av viten», og bedriftshemmelighetsvernet er ikke ment bare å omfatte patenterbare løsninger, jf. forarbeidene.<sup>116</sup> Likevel vil en kunnskap så kompleks at den oppfyller

---

<sup>111</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 183.

<sup>112</sup> Oslo tingretts dom av 3. mars 2016.

<sup>113</sup> Punkt 2.2.1.

<sup>114</sup> Punkt 2.2.1.

<sup>115</sup> Lignende betraktninger kan gjøres om produktene i LA-2004-60570 og TSTAV-2006-56178-2.

<sup>116</sup> LB-2008-17240, Innstilling fra konkurranselovkomiteén 1966, s. 48-50.

kravet til oppfinneshøyde, være et klart argument for at kravet om kompleksitet og egenart er oppfylt, jf. rettspraksis.

Det avgjørende må være at sammenstillingen er så kompleks at summen får en «tilleggsverdi». Dette er uttalt i LB-2008-17240 «Flexiped». Spørsmålet i saken var hvorvidt selskap B hadde utnyttet selskap A sin teknologi bak en treningsmaskin. Saksøker hevdet at teknologien var beskyttet på bakgrunn av en «non-disclosure agreement». Læren om «sum av viten» ble ikke vurdert, men retten ser ut til å bygge på læren under en drøftelse av om en kombinasjon av allment kjent materiale kan beskyttes. Et krav om at kombinasjonen av kjente opplysninger må ha en «tilleggsverdi», ble oppstilt på bakgrunn av at beskyttelsen ikke må «legge større restriksjoner» på pliktsubjektene enn konkurrentene i markedet. Et motsatt utfall ville være i strid med konkurranseretten.<sup>117</sup> Retten uttalte at tilleggseffekten må gå lengre enn «de effekter hvert enkelt trekk gir». Det er først når kombinasjonen av kjent materiale medfører en «synergieffekt» med en «selvstendig økonomisk verdi», at innsatsen bør belønnes.<sup>118</sup> De samme betraktninger bør legges til grunn i vurderingen av om «sum av viten» kan beskyttes.

#### 3.4.3.2 Konklusjon

Konklusjonen er at beskyttelse av «sum av viten» er begrunnet i produktets- eller prosessens kompleksitet. Om dette formuleres som et krav til innovasjonsnivå, tilleggsverdi eller annet, er ikke avgjørende. Beskyttelse bør ikke gis med mindre sammenstillingen av kjent informasjon har gitt «summen» en selvstendig økonomisk verdi. Dette i tråd med hensynet til belønningstankegangen og oppfordring til innovasjon.<sup>119</sup>

#### 3.4.4 Sammenfatning

Kunnskap som er lett tilgjengelig, eller allmenn informasjon, kan ikke vernes isolert sett, men kan oppnå vern gjennom en sammenstilling. Sammenstillingen må, som bedriftshemmeligheter ellers, være foretaksspesifikk. Jeg har i 3.4. sett på hvilke momenter som har betydning i vurderingen av om «sum av viten» oppfyller kravet til foretaksspesifikk kunnskap.

Den avgjørende begrunnelsen for at sammenstillingen av informasjon eller «summen» representerer en bedriftshemmelighet, synes å ligge i produktsammensetningens eller produksjonsprosessens kompleksitet og egenart. Ikke fordi «sum av viten» må ha en form for oppfinneshøyde slik som i patentretten,<sup>120</sup> men fordi en sammenstilling som konkurrentene lett kan

---

<sup>117</sup> Se ankepartens anførsel.

<sup>118</sup> LB-2008-17240.

<sup>119</sup> Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966, s. 49.

<sup>120</sup> LB-2008-17240.

foreta ikke vil være foretaksspesifikk. En indikasjon på at «summen» har den nødvendige tilleggsverdi utover kjent viten, er den tid og ressursbruk som er lagt ned i prosessen.

### 3.5 Vurdering

I kapittel 3 har jeg sett på det rettskildemessige grunnlaget for «sum av viten» og de kvalitative kravene for å beskytte en sammenstilling av kjent eller lett tilgjengelig informasjon.

Det rettskildemessige grunnlaget for en lære om «sum av viten» kan på en måte synes nokså tynt. Grunnlaget for læren bygger på en uttalelse i «Notflottør» som omhandler hensyn bak bedriftshemmelighetsvernet.<sup>121</sup> Retten uttaler seg her om vekten av den næringsdrivendes interesser i et tilfelle hvor innsatsen har ledet til en lønnsom produksjonsprosess, men gir ikke videre grunnlag for vurdering av de andre hensynene bak bestemmelsen. Det er tolkning i underrettspraksis som har gitt grunnlag for læren.

Underrettsdommene som har kommet etter «Roxar I», har hatt en ulik tilnærming til vurdering av det rettslige grunnlaget for beskyttelse av «sum av viten». I noen saker er det gjort en kort henvisning til uttalelsen i «Roxar I», uten å gå noe nærmere inn på forholdet til Notflottør.<sup>122</sup> I andre saker er vurderingstemaet kritisert for å være for snevert trukket opp, ved at grensen mot subjektiv kunnskap ikke ble vurdert. Men heller ikke her foretas det en nærmere analyse av lærens avgrensning og innhold.<sup>123</sup> I en senere avgjørelse er læren lagt til grunn uten noen begrunnelse.<sup>124</sup> En nærmere analyse av lærens grunnlag enn sitatet fra Notflottørdommen, foreligger ikke i rettspraksis.<sup>125</sup> Det rettskildemessige grunnlaget for læren kan derfor neppe anses sterkt, på tross av at hovedlinjene synes å være trukket opp.

Underrettspraksis synes kvalitativt sett å utgjøre en relativt ensartet praksis for fortolkning av om det foreligger en beskyttelsesverdig «sum av viten». Særlig kravet til kompleksitet og egenart er gjennomgående det avgjørende momentet i dommene. For øvrig er det ikke alle aspekter som er behandlet konsekvent. Bruk av fagmannen som norm for å avgjøre om informasjonen er kjent, kan nevnes som eksempel.<sup>126</sup> Hvorvidt «sum av viten» må konkretiseres nærmere, eller om det er nok å henvise til en produksjonsprosess eller et produkt, har heller ikke en klar forankring i praksis. Dette kan være en indikasjon på et behov for en autoritativ vurdering av «sum av viten». Jeg mener likevel at det må kreves en viss form for konkretise-

---

<sup>121</sup> Se punkt 3.2.2.

<sup>122</sup> Eksempelvis LG-2013-162132, Oslo tingretts dom av 14. mai 2010.

<sup>123</sup> Eksempelvis TSTAV-2006-56178-2.

<sup>124</sup> Eksempelvis Sør-Trøndelag tingretts dom av 12. februar 2014.

<sup>125</sup> Med dette hevdes det ikke at man ikke kan se en tendens i hvilke *momenter* som går igjen i vurderingen.

<sup>126</sup> Punkt 2.2.1.

ring av «sum av viten» for å unngå at bedriftshemmelighetsvernet ikke skal hindre arbeidstakers mobilitet. Hensynet til forutberegnelighet taler i samme retning.

Fordi «sum av viten» også gir beskyttelse for allment kjent og lett tilgjengelig informasjon, kan læren virke svært inngripende for en arbeidstaker. Han må avstå fra å utnytte en informasjonsmengde han har opparbeidet seg i arbeidsforholdet, noe som i ytterste konsekvens kan svekke hans mobilitet på arbeidsmarkedet. Læren synes for øvrig ikke å være mer kontroversiell enn en beskyttelse av «know-how». Ingen av begrepene har en definert masse, og de kan ikke, på generell basis, karakteriseres som enten fri eller beskyttet. Hvorvidt «sum av viten» og «know-how» kan beskyttes, beror på en vurdering av om innholdet oppfyller de kvalitative kravene til en bedriftshemmelighet, og om den anses hemmeligholdt.<sup>127</sup> Så lenge man alltid vender tilbake til utgangspunktet, slik at kravene til en «bedriftshemmelighet» anvendes likt, burde urimelige resultater kunne unngås i den konkrete avveiningen. Videre vil usikkerhet i vurderingen av om det foreligger en bedriftshemmelighet påvirke rettsstridsvurderingen, slik at utnyttelse av en bedriftshemmelighet likevel kan tillates.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> Se punkt 2.2.

<sup>128</sup> Kapittel 5.

## 4 Rettsstridsvurderingen

### 4.1 Innledning

For at det skal foreligge en overtredelse av forbudet i mfl. § 28, må utnyttelsen være «rettsstridig». Hvorvidt bruken var rettsstridig, beror på en helhetsvurdering.<sup>129</sup> Det nærmere innholdet i rettsstridsvurderingen er diskutert i teorien,<sup>130</sup> og denne oppgaven søker ikke å rekke over alle aspekter. Drøftelsen er i første rekke knyttet til domstolenes bruk av vilkåret. Problemstillingene som behandles, er hvorvidt vurderinger knyttet til kontraktsforholdet har overføringsverdi til rettsstridsvurderingen. Det er med andre ord spørsmål om man kan trekke vekslers på handlinger i den kontraktuelle fasen (arbeidsforholdet) for å vurdere karakteren av en handling i den postkontraktuelle fasen (etter opphør).

Den første problemstillingen som vil behandles er hvorvidt det finnes tilfeller som er rettsstridige per definisjon. Den andre problemstillingen er hvorvidt illojalitet er et moment i en vurdering av om utnyttelsen er rettsstridig.

### 4.2 Innledende bemerkninger

Likhetene og ulikhetene knyttet til bedriftshemmelighets- og lojalitetsplikten er av betydning for den videre analysen. Det er min tese at særlig likhetstrekkene bør lede til at illojalitet bør ha betydning i en rettsstridsvurdering etter mfl. § 28. Dette vil diskuteres nærmere under punkt 4.4. Før jeg går nærmere inn på bruk av momentet i rettspraksis, er det nødvendig å se nærmere på de to rettslige vurderingene. Av særlig betydning er lojalitets- og bedriftshemmelighetsvernets anvendelse i et tidsperspektiv.<sup>131</sup>

#### 4.2.1 Rettslige utgangspunkt for rettsstridsvurderingen

En analyse av rettsstridsvurderingen slik den er gjennomført i praksis, krever en nærmere redegjørelse av de rettslige utgangspunkter for rettsstridsvurderingen.

Lovens ordlyd, «rettsstridig», gir et vagt skjønnsstema.<sup>132</sup> Det fremgår av forarbeidene at rettsstridsvurderingen skal skje med grunnlag i partsforholdet og den «konkrete situasjon» som forelå.<sup>133</sup> Handlingens rettsstridighet må vurderes etter en «avveining i det enkelte tilfellet».<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> Punkt 4.2.1.

<sup>130</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 249-346.

<sup>131</sup> Punkt 4.2.3.

<sup>132</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 107.

<sup>133</sup> Ot.prp. nr 57 (1971-72) s. 25-26.

Det skal med andre ord foretas en konkret vurdering. Dette er blitt fulgt opp i rettspraksis, hvor «hensynet til partenes interesser, ønske om å oppmuntre til innovasjon, verdien av tillitsforhold...» er blitt tillagt særlig vekt.<sup>135</sup>

Cirrus-dommen, inntatt i Rt-1997-199, videreutvikler denne læren og er en av de bærende dommene for tolkning av rettsstridsvurderingen. Spørsmålet i saken var om et båtbyggerfirma rettsstridig hadde utnyttet tegninger og byggespesifikasjoner utarbeidet av en samarbeidspartner, et ingeniørfirma. Høyesterett kom til, under dissens 3-2, at den samlede bruken av utviklingsdokumentasjon var i strid med § 1 (nå § 25) og § 7 (nå § 28). Dissensen gjaldt den konkrete vurderingen av om det forelå rettsstridig utnyttelse, men når det gjaldt den rettslige forståelsen av rettsstridsbegrepet, var dommen enstemmig. Om rettsstridsvurderingen, uttalte førstvoterende følgende:<sup>136</sup>

«Hva som ligger i rettsstridsreservasjonen vil avhenge av den konkrete situasjonen. Dersom utnyttaren har opptrådt subjektivt klanderverdig, vil det være nærliggende å si at det foreligger en rettsstridig utnyttelse. Men også vurderinger ut fra konkret rimelighet, for eksempel at en samarbeidsavtale som har vart i mange år er oppsagt, kan spille inn. Dette momentet kan ha vekt i ulike retninger. På den ene side kan det være viktig at en part ikke avskjæres fra fortsatt å utnytte sin egen spisskompetanse. På den annen side kan det tidligere samarbeidet lede til krav om en særlig lojalitet.»

Rettens konklusjon i Cirrus-dommen var basert på en «samlet» vurdering av sakens forhold.<sup>137</sup> Dette er i senere praksis blitt tolket som at det skal anlegges en helhetsbetraktning, jf. LA-2004-60570. Hvorvidt bruken av bedriftshemmelighetene var legitim eller rettsstridig, vil derfor bero på en sammensatt vurdering av sakens forhold. En rekke opplysninger vil her være relevante, deriblant partsforholdet.

Som Lunde et.al. presiserer i sin kommentarutgave av markedsføringsloven, synes rettsstridsvurderingen å bygge på en grunnleggende avveining av hensynene til vern av bedriftshemmeligheter og hensynene til informasjonsspredning.<sup>138</sup> Tillits-, insentiv- og belønningssynspunkter må avveies mot hensynet til innovasjon, konkurranse og arbeidstakers mulighet for karriere.<sup>139</sup> Det vises til behandlingen under punkt 2.1.

---

<sup>134</sup> Ot.prp. nr 57 (1971-72) s. 25-26.

<sup>135</sup> LB-2013-20938.

<sup>136</sup> s. 223.

<sup>137</sup> s. 224.

<sup>138</sup> Lunde (2015) s. 242.

<sup>139</sup> *ibid.*

#### 4.2.2 Lojalitetsplikten i korte trekk

Plikten til å opptre lojalt kan følge av lov, avtale eller av det ulovfestede lojalitetsprinsippet.<sup>140</sup> Det er den ulovfestede lojalitetsplikten, som følger av lojalitetsprinsippet, som vil behandles kort i det følgende. Lojalitetsplikten gjelder for kontraktsforhold i sin alminnelighet og rekker over alt fra kausjonsforhold<sup>141</sup> til familierettslige avtaler<sup>142</sup>. Videre vil kun lojalitetsplikten i arbeidsforhold bli belyst. Selv om lojalitetsplikten både gjelder for arbeidstaker og arbeidsgiver, er det arbeidstakers lojale opptreden i relasjon til vern av bedriftshemmeligheter som blir aktualisert her.

Lojalitetsplikten som et ulovfestet prinsipp har støtte i rettspraksis. Høyesterett har i flere avgjørelser lagt til grunn at et slikt prinsipp eksisterer i norsk rett.<sup>143</sup> Et eksempel er Rt-1990-607, hvor retten uttalte at «[d]et må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold».<sup>144</sup> Den går ut på at en arbeidstaker som hovedregel ikke må foreta seg noe som kan skade arbeidsgivers interesser. Lojalitetspliktens utstrekning fastsettes etter en skjønnsmessig avveining av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser.<sup>145</sup>

Om det nærmere innholdet i plikten til lojalitet, uttalte lagmannsretten i LB-2013-179800 at det kreves at «partene tar hensyn til hverandres interesser selv på punkter hvor de etter avtalen ikke har noen uttrykkelige plikter overfor hverandre». Denne plikten har en positiv og en negativ side.<sup>146</sup> På den ene siden har kontraktspartene en handleplikt. Dette innebærer for en arbeidstaker at han må handle i tråd med arbeidsgiver interesser, og for en samarbeidspartner at han må handle i tråd med de forpliktelser som følger av kontraktsforholdet. På den annen side har kontraktspartene en unnlatesplikt, hvor partene plikter å avstå fra å skade medkontrahentens interesser. I relasjon til bedriftshemmeligheter, er det den negative siden av lojalitetsplikten som er aktuell. Vurderingen er hvorvidt arbeidstaker har opptrådt rettsstridig ved ikke å unnlate å utnytte bedriftshemmeligheten i næringsvirksomhet, og således skade kontraktsmotpartens interesser.<sup>147</sup>

---

<sup>140</sup> Nazarian (2007) s. 50.

<sup>141</sup> Rt-1988-1078.

<sup>142</sup> Rt-2001-716.

<sup>143</sup> Eksempelvis Rt-1988-1078 og Rt-1989-689.

<sup>144</sup> s. 614.

<sup>145</sup> LB-2013-179800.

<sup>146</sup> Skjønberg (2014) s. 211.

<sup>147</sup> Eksempelvis LA-2006-71768.

Selv om partene i et kontraktsforhold må ta hensyn til hverandres interesser, finnes det grenser for hvor langt denne plikten strekker seg.<sup>148</sup> Omfanget av lojalitetsplikten er blant annet avhengig av hvor stor grad partene har et sammenfallende formål med samarbeidet. «Jo større grad av felles mål partene har, desto større forventninger om lojalitet vil partene ha, og desto større lojalitet vil de kunne kreve av hverandre.»<sup>149</sup> Det samme gjelder for den grad av samarbeid som forholdet legger opp til. Behovet for tillit står også særlig sentralt i vurderingen av lojalitetsplikten, noe som kan sies å gjøre seg særlig gjeldende i arbeidsforhold.<sup>150</sup>

Saker om lojalitetsplikt i arbeidsforhold omhandler et vidt spekter av handlinger eller unnlatelser. Skjønberg og Hognestad hevder i sin bok om individuell arbeidsrett at det særlig er fire kategorier av handlinger som reiser lojalitetsspørsmål i arbeidslivet.<sup>151</sup> Disse kategorier er arbeidstakers a) ytringer, b) mottakelse av ytelser fra andre enn arbeidsgiver, eksempelvis gaver, c) påtakelse av bierverv og aktiviteter på fritiden og d) involvering i konkurrerende virksomhet.

I krysningsfeltet mellom lojalitetsplikten og bedriftshemmelighetsvernet er det først og fremst deltakelsen i konkurrerende virksomhet som er aktuelt. Det kan tenkes at arbeidstakers utnyttelse av bedriftshemmeligheter kan skje i relasjon til bierverv. Vilkåret om at utnyttelse må skje i «næringsvirksomhet» begrenser imidlertid tenkelige alternativer for utnyttelse i bierverv som ikke er konkurrerende virksomhet.

Det er først og fremst «ved tilfeller av motstridende interesser at lojalitetsplikten har størst betydning».<sup>152</sup> Ved overgang til konkurrerende virksomhet vil dette være særlig aktuelt: Mens arbeidstaker har interesse av å ta med seg mest mulig av kunnskapen videre, vil arbeidsgiver ha et ønske om å hindre at verdifull informasjon går over til konkurrenter.

#### 4.2.3 Tidsperspektiv

Likhetene mellom de to normene er flere. Både lojalitets- og rettsstridsvurderingen beror på en konkret, sammensatt vurdering. Vernet fra både lojalitetsplikten og bedriftshemmelighetsvernet springer ut av den kontraktsrettslige relasjonen som forholdet mellom partene er basert på. Mens bedriftshemmelighetsvernet gir beskyttelse for informasjon opparbeidet i relasjon til et tillitsforhold, springer lojalitetsplikten ut av at partene har benyttet avtalefriheten til å inngå et kontraktsforhold med hverandre.

---

<sup>148</sup> LB-2013-179800.

<sup>149</sup> Nazarian (2007) s 306; Nordtveit (1992) s 83-84.

<sup>150</sup> Nazarian (2007) s. 347.

<sup>151</sup> Skjønberg (2014) s. 212.

<sup>152</sup> Nazarian (2007) s. 347.



Forskjellen ligger i normenes anvendelse i tid. Dette kan illustreres ved å se på kontraktsforholdets tre hovedfaser; den prekontraktuelle, kontraktsrettslige og postkontraktuelle fasen.

I den prekontraktuelle fasen går rettssubjektene fra å stå i mer eller mindre uavhengige tredjemannsposisjoner til å nærme seg en tettere partsrelasjon.<sup>153</sup> Den prekontraktuelle lojalitetsplikt er først og fremst aktuell om en avtale ikke kommer i stand. Denne fasen kan være svært aktuell i relasjon til bedriftshemmelighetsvernet for samarbeidsforhold,<sup>154</sup> men vil være av mindre relevans for arbeidsforhold. Dette av praktiske grunner, da det ikke er vanlig å åpnebare bedriftshemmeligheter i rekrutteringsfasen.

Dersom en avtale kommer i stand, går man over i den kontraktsrettslige fasen. Lojalitetsplikten i arbeidsforhold har sin kjerne i denne fasen, altså mens arbeidsforholdet består.<sup>155</sup> I denne perioden plikter arbeidstaker å avstå fra å foreta seg eller medvirke til konkurrerende handlinger mot arbeidsgiver.<sup>156</sup> Forpliktelsen i denne perioden er imidlertid av større kontraktsrettslig enn konkurranserettslig betydning. Arbeidsgivers interesser vil derfor være tilstrekkelig beskyttet i ansettelsesperioden mot rettsstridig adferd i kraft av de alminnelige misligholdsregler.<sup>157</sup>

Etter at hovedytelsen er prestert, går man over i den postkontraktuelle fasen.<sup>158</sup> For arbeidstaker er dette perioden fra han fratrer sin stilling. Utgangspunktet er at arbeidstaker står «fritt til å utføre handlinger i konkurranse med (tidligere) arbeidsgiver etter arbeidsforholdets opphør».<sup>159</sup> Hvorvidt lojalitetsplikten kan strekke seg utover ansettelsestiden er i lengre tid diskutert i teori og praksis.<sup>160</sup> Etter senere praksis kreves det nå konkrete holdepunkter eller særlig lovhjemmel for at det tidligere arbeidsforhold skal legge noen begrensninger på den tidligere ansatte sine aktiviteter i tiden etter at ansettelsesforholdet har opphørt.<sup>161</sup>

Mfl. § 28 er et grunnlag som kan pålegge arbeidstaker plikter utover arbeidsforholdets varighet. Unnlatesplikten i arbeidsforhold strekker seg således lenger enn den kontraktsrettslige

---

<sup>153</sup> Bjørnebye (2008) s. 23.

<sup>154</sup> LB-2008-17240.

<sup>155</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 105.

<sup>156</sup> Dette som en av flere biforpliktelser, se 4.2.2.

<sup>157</sup> Madsen (2007) s. 260.

<sup>158</sup> Bjørnebye (2008) s. 24.

<sup>159</sup> Skjønberg (2014) s. 216. Unntak fra utgangspunktet kan følge av avtalte begrensninger, som konkurranseklausuler, kunde-klausuler eller ikke-rekrutteringsklausuler.

<sup>160</sup> LA-2004-60570, Fougner (1999) s. 216.

<sup>161</sup> LA-2006-71768.

fasen. Arbeidstaker må av den grunn opptre aktsomt i relasjon til den kunnskap han anvender i det nye arbeidsforholdet. Bevisstgjøring av hvilken informasjon som ikke kan brukes, ligger i stor grad på arbeidsgiver, jf. kravet om hemmelighold. På den annen side kreves det at arbeidstaker lojalt overholder den taushetsplikt han er pålagt som en konsekvens av markedsføringslovens bestemmelser.

Bedriftshemmelighetsvernet og lojalitetsplikten har således sin kjerne på ulike stadier i prosessen av et arbeidsforhold. Mens lojalitetsplikten står sterkest i den kontraktsrettslige fasen,<sup>162</sup> vil den rettsstridige utnyttelsen typisk bli aktualisert i den postkontraktuelle fasen av arbeidsforholdet. Det er vanskelig å se at lojalitetsplikten vil få en betydning som selvstendig rettsgrunnlag etter at arbeidsforholdet har opphørt i tilfeller med utnyttelse av bedriftshemmeligheter.

Begge regelsettene vil imidlertid kunne komme til anvendelse i den kontraktsrettslige fasen; Dersom arbeidstaker begynner forberedelsene til oppstart eller overgang til sine nye arbeidsoppgaver, og i den prosessen utnytter bedriftshemmeligheter fra nåværende arbeidsgiver, vil både vernet etter § 28 og lojalitetsplikten kunne være brutt, basert på den samme handling. Det er tillatt å forberede overgang eller oppstart av konkurrerende virke mens man er ansatt, men man må avstå fra å foreta seg disposisjoner, eksterne eller interne, som kan skade arbeidsgivers virksomhet på en måte som er synlig i markedet.<sup>163</sup>

Disse betraktninger legges til grunn i den videre behandlingen.

### **4.3 Rettsstridig per definisjon?**

#### **4.3.1 Innledning**

Ordlyden i mfl. § 28 etterlater liten tvil om at rettsstrid er et vilkår for anvendelse av bestemmelsen. Rettsstridsvurderingen er ment å oppstille «en generell reservasjon» mot at urimelige tilfeller faller under bestemmelsen.<sup>164</sup> En nærmere analyse av rettspraksis viser imidlertid at rettsstridsvurderingene i en rekke dommer ikke har fått den oppmerksomhet en reservasjonsregel tilsynelatende krever. I noen dommer gjøres rettsstridsvurderingen svært kortfattet, og i andre tilfeller fremstår vurderingen ikke-eksisterende.<sup>165</sup> Den knappe vurderingen fremkommer i ulike former. Her er noen innledende eksempler:

---

<sup>162</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 105.

<sup>163</sup> LA-2006-71768.

<sup>164</sup> Andenæs (2004) s. 155, jf. Irgens-Jensen (2010) s. 70.

<sup>165</sup> Eksempelvis Oslo tingretts dom av 14.juli 2017, LG-2013-162132, LG-2003-8617.

I en avgjørelse fra Oslo Tingrett sommeren 2017<sup>166</sup> er rettsstridsvurderingen kun nevnt i problemstillingen. Den isolerte vurderingen av vilkåret er også konklusjonen i vurderingen av § 28:

«Retten finner at utnyttelse av data helt klart rammes av dette forbudet».

I «TCO»<sup>167</sup> foretok ikke retten en selvstendig drøftelse av handlingens rettsstridighet, men henviste til en avtalerettslig vurdering.

«Etter lagmannsrettens syn representerer avtalebruddet i seg selv et klart brudd på rettsstridsvilkåret etter markedsføringslovens bestemmelser».

I «Scanmar»<sup>168</sup> foretas rettsstridsvurderingen og vurderingen av bedriftshemmelighetsbegrepet samlet. Retten sier innledningsvis at det bare vil «forekomme» at retten vurderer om det foreligger en «bedriftshemmelighet», og fokuset synes således å ligge på rettsstridsvurderingen. Likevel kan det virke som at det er det stikk motsatte som skjer og at en vurdering av handlingens rettsstridighet vies minimalt med plass.<sup>169</sup>

Som en mulig forklaring på domstolenes knappe vurdering, har jeg stilt spørsmålet om det finnes noen former for utnyttelse som per definisjon er rettsstridige, slik at rettsstridsvilkåret ikke krever en nærmere behandling.

#### 4.3.2 Anvendelse av rettsstridsvilkåret i rettspraksis

Vilkårene i § 28 er kumulative. I saker hvor retten finner at et av de øvrige vilkårene ikke er oppfylt, vil retten naturlig nok ikke måtte behandle rettsstridsvurderingen. Det vil derfor ikke kunne trekkes sikre slutninger fra et fravær av en rettsstridsvurdering i et slikt tilfelle. Derfor avgrenses det mot behandling av slike dommer.<sup>170</sup>

##### 4.3.2.1 «TCO» og konfidensialitetsavtaler

I LG-2013-162132 «TCO» foretok ikke retten en selvstendig drøftelse av handlingens rettsstridighet, men henviste til den avtalerettslige vurderingen drøftet tidligere i dommen. «Etter lagmannsrettens syn representerer avtalebruddet i seg selv et klart brudd på rettsstridsvilkåret etter markedsføringslovens bestemmelser».

---

<sup>166</sup> Oslo tingretts dom av 14.juli 2017.

<sup>167</sup> LG-2013-162132.

<sup>168</sup> LA-2004-60570.

<sup>169</sup> Se punkt 4.3.2.3.

<sup>170</sup> Deriblant LB-2013-20938, LB-2008-17240, TSTAV-2006-56178-2, Oslo tingretts avgjørelse av 3.mars 2016.

Den aktuelle avtalen i saken var en konfidensialitetsavtale. Oppdragstaker A ble engasjert av TCO til ulike oppgaver i forbindelse med testing, utprøving og videreutvikling av produkter. A sin rolle omfattet blant annet å stille med lokaler og bidra i produktutvikling. Sakens omtvistede tema, en glassplugg, var blitt til gjennom en rekke tester preget av «prøving og feiling». A hadde vært involvert i prosessen som glassliper og var blant dem som hadde bidratt til at teamet til slutt fikk et gjennombrudd i utviklingen av en glassplugg som var sterk og stabil nok for dens formål. Under dette arbeidet var A underlagt en konfidensialitetsavtale.<sup>171</sup> A fortsatte å jobbe for TCO etter at prosjektet var fullført, men utviklet på si en «annen generasjon» av glasspluggen som han søkte patentert. A prøvde å få i stand en samarbeidsavtale med TCO, men forhandlingene strandet grunnet uenigheter om betingelsene.

Rettsstridsvurderingen i «TCO-saken» begrenser seg til en henvisning til avtalebruddet. Spørsmålet er om avtalebrudd per definisjon er rettsstridig.

Utgangspunktet for vurderingen kan tas i de karakteristikker som ligger til et avtaleforhold. Et avtaleforhold kommer til ved at to eller flere parter benytter seg av avtalefriheten til inngå en avtale. Partene står i utgangspunktet fritt til å velge hvem de skal inngå avtalen med og hva den nærmere avtalen skal gå ut på. Når avtale er kommet i stand, erstattes friheten med elementer av tvang ved at partene plikter å følge opp avtalen i tråd med de forutsetninger som er trukket opp, jf. prinsippet om *pacta sunt servanda*.<sup>172</sup> En avtalefestet taushetsplikt pålegger partene et element med tvang ved at deres handlingsrom blir begrenset. Det samme gjelder for det tillitsforhold som må ligge til grunn for å anvende bedriftshemmelighetsvernet.

Et annet sammenligningsgrunnlag for vurderingen kan tas i tolkningsstilene. Avtalens nærmere innhold beror på en tolkning i tråd med de avtalerettslige tolkningsprinsippene. Det er en tolket avtale som trekker opp linjene for hva som er legitim og rettstridig opptreden. Tolkningen tar utgangspunkt i partsviljen og partenes egeninteresse. Det samme utgangspunktet legges ikke til grunn i konkurranseretten, hvor tolkningen baserer seg på mer overordnede hensyn. Hensynet til effektiv ressursbruk i samfunnet og forbrukernes interesser legger føringer på aktørenes adgang til å begrense konkurransen. Dette til forskjell fra avtalen som et grunnlag for å oppstille konkurransebegrensende plikter.<sup>173</sup> Imidlertid må bedriftshemmelighetsvernet studeres i den konkrete kontekst den står i innen konkurranseretten. Paragraf 28 er en del av markedsføringsloven kapittel 6, som er ment å beskytte næringsdrivendes interes-

---

<sup>171</sup> Dette var omtvistet i saken da A ikke hadde skrevet under på papiret. Retten fant at han var bundet av konfidensialitetsavtalen på bakgrunn av stilltiende aksept.

<sup>172</sup> Bjørnebye (2008) s. 24.

<sup>173</sup> Bjørnebye (2008) s. 28.

ser.<sup>174</sup> Det må kunne forutsettes at en avtale om konfidensialitet er ment å ivareta initiativtagerens interesser, som i et arbeidsforhold typisk vil være arbeidsgiver. Samfunnsinteressen har ikke her samme vekt som i konkurranseretten for øvrig. Tolkingsstilene ved avtaletolkning og rettsstridsvurderingen er derfor forenlige.

Likheten mellom vurderingen av bedriftshemmelighetsvernet og brudd på konfidensialitetsavtaler tilsier et sammenfall av konklusjonene om avtalebrudd og rettsstrid.

Slutninger i andre dommer enn «TCO» taler også for at avtalebrudd per se er rettsstridig etter mfl. § 28. I «Lakselus»<sup>175</sup> uttalte retten at det må legges sentral vekt på om det er begått brudd på avtalt konfidensialitetsplikt. Både i «Efcon»<sup>176</sup> og «SAS/Braathens»<sup>177</sup> konkluderer retten at handlingene er rettsstridige på bakgrunn av opptreden i strid med forutsetningene for avtalen.<sup>178</sup> Vurderingen i «Notflottør»<sup>179</sup> av den avtalte taushetsplikt har så store likhetstrekk med rettsstridsvurderingen, at det er nærliggende å anta at retten ville funnet handlingen rettsstridig om vurderingen ble foretatt under bedriftshemmelighetsvernet.

Uttalelser i teorien trekker i samme retning. Lunde et.al. er av oppfatningen at lovstridig opptreden og avtalebrudd normalt vil anses rettsstridig.<sup>180</sup>

Det bemerkes at slutningen fra avtalebrudd til rettsstridig bruk forutsetter at avtalen regulerer rettighetsspørsmålet til kunnskap som er gjort eller oppfinnelser som er blitt til i arbeidsforholdet. Dersom dette ikke er tilfellet, har slutningen ikke direkte overføringsverdi. Dette kan illustreres med en avgjørelse for Oslo tingrett 14.05.10. Faktum var svært likt som i «TCO». Z hadde oppdrag for Hydro, hvor han hadde ulike oppgaver rundt utviklingen av en ny løsning for en selvjusterende ventilløsning for å hindre gjennombrudd av gass og/eller vann. Z hadde blant annet ansvar for å sikre konfidensialiteten i prosjektet og å utarbeide et system for evalueringsprosessen. Mens han arbeidet i Hydro fikk han en ide til en ventil som han presenterte til en overordnet i Hydro konsernet. Ideen ble avslått. Da Z sluttet i Hydro, satte han ideen ut i livet og søkte patent på resultatet. I den avtalerettslige vurderingen fant retten at hverken oppdrags- eller arbeidsavtalen regulerte rettighetene til oppfinnelsen til Z. Likevel kom de til at Z hadde opptrådt rettstridig etter mfl. § 28.

---

<sup>174</sup> Lunde (2015) s. 17-18.

<sup>175</sup> Oslo tingretts dom av 3.mars 2016.

<sup>176</sup> Sør-Trøndelag tingretts dom av 12. februar 2014.

<sup>177</sup> Rt-2007-1841.

<sup>178</sup> Dette behandles under 4.3.2.2.

<sup>179</sup> Rt-1964-238.

<sup>180</sup> Lunde (2015) s. 243.

Det presiseres i forarbeidene at rettsstridsvurderingen skal skje med grunnlag i partsforholdet og den «konkrete situasjon» som forelå.<sup>181</sup> At avtalebrudd er et relevant moment i vurderingen er åpenbart, da det både er knyttet til partsforholdet og belyser den konkrete situasjonen. Spørsmålet er hvorvidt man ved å sette likhetstegn mellom konklusjonen i vurderingen av avtalebrudd og rettsstridsvurderingen mister en avveining av andre relevante momenter.

Rettsstridsvurderingen beror blant annet på en avveining mellom tillits-, insentiv- og belønningssynspunkter, mot arbeidstakers mulighet for karriere, innovasjon og konkurransehensyn.<sup>182</sup> Der det foreligger en konfidensialitetsavtale som arbeidstaker frivillig har inngått, vil både tillits- og insentivhensynet styrkes. Det betyr ikke at hensynene som ivaretar arbeidstakers mulighet for en videre karriere er irrelevante. Disse er imidlertid allerede hensyntatt i en tidligere vurdering: Forutsetningen for at en avtale om konfidensialitet er brutt, er at avtalen er gyldig. *Ugyldighetsnormer* kan følge av avtaleloven § 36, men særlig § 38 er her relevant. Sistnevnte kan sette grenser for arbeidsgivers adgang til å pålegge arbeidstaker en taushetsplikt.<sup>183</sup> Videre regulerer arbeidsmiljøloven kapittel 14 A adgangen til å begrense «arbeidstakers adgang til å tiltre stilling hos en annen arbeidsgiver eller starte, drive eller delta i annen virksomhet etter arbeidsforholdets opphør», sml. aml. §14 A-1. Ugyldighetsnormene sikrer at taushetsplikten som følger av avtalen ikke strekkes for langt, i strid med belønningssynspunkter og samfunnets behov for spesialisert arbeidskraft. Videre vil de *avtalerettslige tolkningsprinsippene* kunne bidra til å sikre den samme avveiningen som ugyldighetsnormene. Ved tolkning i vid forstand kan preseptoriske «normalregler» og generalklausuler legge føringer på hvilket innhold kontrakten kan tillegges.<sup>184</sup> Der tolkning i tråd med en objektiv ordlyd vil skape et avtaleforhold i ubalanse, kan avtalen tolkes innskrenkende i tråd med bakgrunnsretten.<sup>185</sup> Det har hendt flere ganger at domstolene tolker de «aktuelle avtalene slik at vernet ikke blir videre enn det vern av bedriftshemmeligheter som lovverket allerede gir».<sup>186</sup> En slik innskrenkende fortolkning ble foretatt i «Vensafe» og «Wee».<sup>187</sup> Det kan ikke være slik at man ved å avtale en vag konfidensialitetsklausul kan sette rettsstridsvurderingen i § 28 ut av spill.

---

<sup>181</sup> Ot.prp. nr 57 (1971-72) s. 25-26.

<sup>182</sup> *ibid.*

<sup>183</sup> Lunde (2015) s. 243.

<sup>184</sup> Eksempelvis arbeidsmiljøloven og avtaleloven §36. Preseptoriske «normalregler» er «kontraktsrettslig lovgivning som regulerer partenes rettigheter og plikter, og som bestemmer at loven eller deler av den ikke kan fravikes ved avtale», jf. Woxholth (2017) s. 450.

<sup>185</sup> Lunde (2015) s. 243.

<sup>186</sup> Irgens-Jensen (2016) s. 372.

<sup>187</sup> LB-2013-20938, TOSLO-2011-113128.

Fordi avveiningen av de ulike hensynene bak bedriftshemmelighetsvernet er ivaretatt ved en tolkning av avtalen, burde konklusjonen i vurderingen av brudd på taushetsavtalen også kunne legges til grunn i rettsstridsvurderingen.

Betraktninger presentert fra teori, forarbeider og praksis, sammenholdt med reelle hensyn, åpner for at brudd på en konfidensialitetsavtale eller en taushetsavtale per definisjon er rettsstridig.

#### 4.3.2.2 «SAS/Braathens» og forutsetningen for informasjonsdelingen

Ovenfor ble spørsmålet om overføringsverdi fra avtalebrudd på en konfidensialitetsavtale drøftet. I det videre vil det vurderes hvorvidt brudd på *forutsetningene for informasjonsdelingen* har overføringsverdi til rettsstridsvurderingen. Den sentrale dommen er Rt-2007-1841 «SAS/Braathens».

«SAS/Braathens» gjaldt spørsmålet om et flyselskaps (A) bruk av billettbestillingsdata fra et annet flyselskap (B) representerte et misbruk av bedriftshemmeligheter. Høyesterett avgjorde saken på bakgrunn av vernet i straffeloven og kom til at det forelå «uberettiget bruk» av «forretnings- eller bedriftshemmeligheter».<sup>188</sup> Ordlyden i mfl. § 28 og straffeloven er ulik, med krav om «rettsstridig» eller «uberettiget» bruk. Vurderingen har likevel overføringsverdi til saker som angår markedsføringsloven fordi vilkårenes formål og funksjon er den samme.<sup>189</sup>

Retten fant at billettbestillingsdataene representerte en bedriftshemmelighet, og spørsmålet var hvorvidt utnyttelsen var rettsstridig. Det var på det rene at det ikke forelå et eksplisitt samtykke til den bruk som forelå. Retten gikk så videre og vurderte hvorvidt sakens omstendigheter innebar at bruken var «uberettiget». Vurderingen av vilkåret er ikke like knapp som noen av avgjørelsene nevnt overfor, men kan likevel ikke sies å være omfattende;

«Jeg er videre enig med lagmannsretten i at Braathens bruk av de bedriftshemmeligheter som PNR-dataene innebar, var uberettiget. Det fremgår av det jeg tidligere har sagt, at det ikke forelå noe samtykke til slik bruk fra Norwegian. Det var de tjenester som Braathens skulle yte Norwegian i anledning flyruten mellom Stavanger og Newcastle, som var bakgrunnen for tilgangen til dataene. En bruk av de hemmelige dataene som et element i Braathens strategibeslutninger i den konkurransesituasjon som forelå mellom selskapene, var åpenbart uberettiget i forhold til Norwegian.»<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> Opph. straffelov 1902 § 294 (1) nr. 3, nå videreført i straffeloven 2005 § 207.

<sup>189</sup> NOU 2002:4 s. 323.

<sup>190</sup> avsnitt 32.

I relasjon til problemstillingen i dette kapitlet, er uttalelsen interessant, da retten finner at det «åpenbart» foreligger en uberettiget bruk. Denne konklusjonen ble trukket på bakgrunn av at tilgangen til billettbestillingsdataene ble gitt med et konkret formål; for at Braathens kunne bistå Norwegian i opprettelsen av en ny flyrute. Når den senere bruken gjaldt utnyttelse til egen vinning, var dette i strid med delingens forutsetninger. Spørsmålet er om man kan trekke en slutning fra det konkrete tilfellet til en generell lære.

Forutsetningene for en deling av informasjonen kan foreligge implisitt eller eksplisitt. Der det ikke er tvil knyttet til eierforholdene til informasjonen, er det naturlig å ta utgangspunkt i «eierens» forutsetning for å dele informasjonen. I «SAS/Braathens» var det ikke tvil om at utnyttelsen var i strid med Norwegian's formål med delingen.

Det samme var tilfellet i «Efcon».<sup>191</sup> Her hadde selskapet Efcon fått tilgang til Fenrits' bedriftshemmelighet under den forutsetning at partene sammen skulle samarbeide om å utvikle et intelligent veiprisingsystem. I korte trekk bar ikke samarbeidet frukter, og Efcon benyttet senere de bedriftshemmeligheter selskapet hadde fått tilgang på til å utvikle sine egne produkter. Retten fant at «[k]opieringen av antennen og filteret til transmitteren i produktene (...) representerte (...) klart en rettsstridig utnyttelse på tvers av forutsetningene med at selskapet opprinnelig fikk slik tilgang».

Å legge til grunn at rettsstridsvurderingen beror på om forutsetningen for informasjonsdelingen er brutt, vil kunne gi uheldige utfall i den enkelte sak. Eksempelvis vil informasjonsdeling i arbeidsforhold som regel være basert på en implisitt forutsetning om at denne ikke skal anvendes til skade for arbeidsgiver. Man burde derfor ikke ta «SAS/Braathens» til inntekt for at det er tilstrekkelig å peke på at en utnyttelse er i strid med forutsetningene for å si at den er rettsstridig.

En betydelig egenutvikling som leder til et endelig produkt som er vesensforskjellig fra det produktet som den påståtte krenkelsen refererer til, kan tale for at utnyttelsen er rettmessig. Dette er slått fast i «Roxar II».<sup>192</sup> Der det ikke foreligger tvil rundt eiendomsretten til opplysningene, vil det konkurranserettslige prinsipp om at man ikke skal snylte på andres innsats<sup>193</sup> slå inn med særlig tyngde i favør av rettsstridig utnyttelse. Incentivhensynet vil ha påvirkning

---

<sup>191</sup> Sør-Trøndelag tingsretts avgjørelse 12.februar 2014.

<sup>192</sup> TSTAV-2006-56178-2.

<sup>193</sup> Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966, s. 49-50.



i samme retning.<sup>194</sup> Motsetningsvis vil ikke den påståtte krenkeren ha en legitim grunn for bruken. Momentet om snylting og incentivhensyn vil være vanskelig å bruke i konkrete tvilstilfeller, se eksempelvis Oslo tingretts avgjørelse 14.05.10.

Etter betraktningene ovenfor vil en slutning fra et brudd på forutsetningene for informasjonsdeling til en konklusjon om at handlingen er rettsstridig, være fylt med en rekke usikkerhetsmomenter. Slutningen bør derfor ikke trekkes, før det er foretatt en nærmere, konkret avveining, jf. «Cirrus».

Selv om førstvoterende i «SAS/Braathens» bruker ordet «åpenbart» om den konklusjonen retten treffer, strider ikke konklusjonen ovenfor med uttalelsen. Dette fordi avtalens forutsetning ikke var den eneste begrunnelsen for at Braathens hadde handlet rettsstridig. Retten så også hen til den konkurransesituasjon som forelå mellom selskapene, hvor selskapene var direkte konkurrenter. I slike situasjoner ser man gjerne at den enes gevinst vil være den andres tap. Bruk av Norwegians data for å skape et bedre strategigrunnlag for Braathens ledet dermed til et skadepotensiale for Norwegian.<sup>195</sup> Videre bærer avgjørelsen preg av at det foreligger en ulovlig tilegnelse av informasjonen, noe som typisk leder til at en senere utnyttelse vil være rettsstridig.<sup>196</sup> Dommen synes således å være spesielt begrunnet, noe som vil si at en overføringsverdi til andre saker krever et lignende faktum.

#### 4.3.2.3 «Scanmar» og lojalitetsplikten

LA-2004-60570 «Scanmar» gjaldt krav om erstatning og forbud mot produksjon og markedsføring som følge av angivelig illojalitet i arbeidsforhold, rettsstridig utnyttelse av bedriftshemmelighet og know-how i næringsvirksomhet, samt opptreden i strid med god forretningsskikk næringsdrivende i mellom. To bedrifter drev med utvikling, produksjon og salg av et fangstkontrollsystem for fiskeflåten. I løpet av fem måneder sa fem ansatte opp sine stillinger i A. Alle de tidligere ansatte begynte å jobbe hos B. Samtidig med nyansettelsene i B, startet firmaet et utviklingsarbeid med et fangstkontrollsystem i konkurranse med A.

Under vurderingen av § 28 fremgår det ikke noe klart skille mellom behandlingen av «rettsstridig utnyttelse», og vurderingen av om det foreligger en «bedriftshemmelighet». Under punkt 6.5. i dommen foretas det først en gjennomgang av rettspraksis knyttet til «sum av viten», for å klarlegge rekkevidden av bedriftshemmelighetsvernet. Etter gjennomgangen, fin-

---

<sup>194</sup> Et incentiv til utvikling av «nye produkter, nye metoder, nye former for markedsføring og for reklame» oppleves sterkest der bedriftene får høste frukter av eget arbeid, jf. Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966, s. 49.

<sup>195</sup> avsnitt 38.

<sup>196</sup> Sml. 4.4.2.2.

ner retten det nødvendig å foreta en konkret gjennomgang av de omdiskuterte teknologiområdene.

«Dette blir i utgangspunktet en vurdering av den *bruk* som de ansatte i Simrad har gjort av den foreliggende kunnskapsbase, som danner grunnlaget for de produkter som er gitt betegnelsen PI30 og PI32. Det vises til mfl. §7 som rammer den rettsstridige utnyttelse av bedriftshemmeligheter. Det vil i denne drøftelsen også *forekomme* at retten kommer inn på vurderingen av spørsmålet om det foreligger en bedriftshemmelighet» (uth.her).

Ut fra ordvalget kan det virke som om retten i den videre drøftelsen skal fokusere på om det foreligger en «rettsstridig utnyttelse», jf. «bruk». Vurderingen av om den påberopte informasjonen representerer en «bedriftshemmelighet» vil belyses, men det er ikke dette vilkåret som hovedsakelig behandles i det videre, jf. «forekomme». Videre følger en inngående drøftelse av de påberopte forhold. På tross av ordvalget kommentert ovenfor, synes drøftelsen å bygge på en bedriftshemmelighetsvurdering, selv om den er foretatt under paraplyen rettsstridsvurdering.

Spørsmålet i det videre er hvorfor rettsstridsvurderingen ikke synes å være selvstendig behandlet. For det første kommer lagmannsretten til at ingen av de fem tidligere Scanmar-ansatte har brukt sin erfaring og kunnskap fra tidligere arbeidsforhold. Konklusjonen er viktig i en analyse av manglende behandling av vilkåret da vilkårene er kumulative. Det er mulig at retten ikke foretok selvstendig rettsstridsvurdering på bakgrunn av øvrige konklusjoner. En annen mulig begrunnelse er det faktum at retten hadde behandlet spørsmålet om illojalitet tidligere i dommen. Spørsmålet er om konklusjonen i en lojalitetsvurdering er direkte overførbar for konklusjonen i en rettsstridsvurdering, slik at resultatet alltid vil bli det samme.

Lojalitetsvurderingen av handlingene i arbeidsforholdet i «Scanmar», har store likhetstrekk med en rettsstridsvurdering. Både lojalitets- og rettsstridsvurderingen beror på en sammensatt vurdering hvor konkrete forhold er relevante. Dette taler for at konklusjonen fra lojalitetsvurderingen kan legges til grunn for rettsstridsvurderingen.

På den annen side kan det utledes biforpliktelser fra lojalitetsplikten som ikke er av betydning for rettsstridsvurderingen. Biforpliktelser som kan utledes av lojalitetsplikten vil typisk være omsorgs-, opplysnings-, klargjørings, taushets- og konkurransebegrensningsplikt.<sup>197</sup> Dersom man legger konklusjonen i en lojalitetsvurdering ukritisk til grunn for utfallet i rettsstridsvurderingen, vil man risikere å tillegge mindre relevante forhold en ubegrunnet vekt som begrun-

---

<sup>197</sup> Nicander (1996) s. 32, Bjørnebye (2008) s. 23.

nelse for at handlingene var i strid med § 28.<sup>198</sup> Som eksempel kan mottakelse av ytelser fra andre enn arbeidsgiver nevnes, se punkt. 4.2.2. Det medfører at man ikke blindt kan legge til grunn at en konklusjon i en lojalitetsvurdering vil bli den samme i en rettsstridsvurdering.

Der det foreligger flere påberopte forhold for en illojal opptreden, er det ikke alltid like lett å peke på hvilke omstendigheter som var avgjørende for at den ansattes opptreden totalt sett var illojal, jf. at lojalitetsplikten beror på en sammensatt vurdering. Den ansatte kan ha foretatt flere mindre alvorlige handlinger som hver for seg ikke er illojale, men som samlet sett anses som et brudd på lojalitetsplikten. Særlig i disse tilfellene er det viktig å være bevisst på om forholdene som er behandlet er av relevans for rettsstridsvurderingen, og videre om de er illojale i seg selv eller bare etter en samlet vurdering.

På denne bakgrunn kan man ikke trekke slutningen at alle illojale handlinger i arbeidsforhold medfører at en utnyttelse av informasjon i arbeidsforhold nødvendigvis er rettsstridig etter mfl. § 28. Det bemerkes for øvrig at jeg ikke har funnet en dom hvor konklusjonen i lojalitetsvurderingen og rettsstridsvurderingen går i ulik retning. Det kan tas til inntekt for at lojalitetsvurderingen og rettsstridsvurderingen normalt vil lede til samme resultat.

### 4.3.3 Sammenfatning

En rekke dommer om bedriftshemmelighetsvernet foretar en knapp rettsstridsvurdering eller henviser til en vurdering som ligger utenfor markedsføringsloven. Under punkt 4.3. har jeg undersøkt om den svake behandlingen av vilkåret kan begrunnes med at noen former for utnyttelse per definisjon er «rettsstridig». Det er ovenfor foretatt tre tematiske gjennomganger, hvor jeg har sett på forholdet til brudd på en konfidensialitetsavtale, forutsetningen for at bedriftshemmelighetene ble delt, og lojalitetsplikten i arbeidsforhold. Tematikken er valgt på bakgrunn av dommene med en svak rettsstridsvurdering.

Gjennomgangen viser at hverken brudd på forutsetningen for deling av informasjon eller lojalitetsbrudd i seg selv vil være tilstrekkelig for å konkludere med at utnyttelsen var rettsstridig. Begrunnelsen er at vurderingene ikke fanger opp alle aspekter som skal behandles, eller at vurderingene kan bygge på irrelevante momenter for rettsstridsvurderingen.

Når det gjelder brudd på en konfidensialitetsavtale, er utfallet av drøftelsen det motsatte. Under forutsetning at avtalen regulerer rettighetsspørsmålet til den vernede informasjonen, vil det være nærliggende å anta at man kan legge til grunn samme konklusjon i vurderingen av avtalebrudd som for vurderingen av om utnyttelsen var rettsstridig.

---

<sup>198</sup> Dette betyr ikke at illojalitet ikke er et relevant *moment* i rettsstridsvurderingen, se 4.4.2.

## 4.4 Forholdet mellom rettsstrids- og lojalitetsvurderingen

### 4.4.1 Innledning

Selv om det at en angivelig krenker har handlet illojalt mens kontraktsforholdet bestod, ikke automatisk betyr at vedkommende sin etterfølgende utnyttelse av den annen parts bedriftshemmeligheter er «rettsstridig», kan den illojale oppreden være et *moment* i rettsstridsvurdering. Det skal jeg si litt om i punkt 4.4.2. Forskjellen til behandlingen under 4.3.2.3. er at jeg ovenfor har sett på om man kan sette *likhetstegn* mellom resultatet i lojalitetsvurderingen og rettsstridsvurdering. I det følgende vil jeg se på hvilken betydning (vekt) en illojal handling vil ha som *moment* i en rettsstridsvurdering.

### 4.4.2 Betydningen av lojalitetsbrudd mens kontraktsforholdet bestod

#### 4.4.2.1 Relevansen av illojalitet som moment

Mfl. § 28 kan på mange måter sies å pålegge kontrahentene en postkontraktuell lojalitetsplikt, spesifikk i relasjon til bedriftshemmeligheter.<sup>199</sup> Plikten ligger til de samme partene som stod i en kontraktuell relasjon. Retten til bruk av bedriftshemmeligheter søkes derfor naturlig i forholdet som bestod mellom partene, jf. også at det skal foretas en «konkret vurdering». I den konkrete vurderingen har det betydning om noen av partene «har opptrådt subjektivt klanderverdig», jf. Rt-1997-199. Illojalitet overfor arbeidsgiver er en form for klanderverdig oppreden som arbeidstaker kan kritiseres for.<sup>200</sup> Det vil si at eksempelvis aktive handlinger som skjer mens krenkeren fortsatt er ansatt, som kopiering eller pugging, vil være i strid med trokapsplikten.<sup>201</sup> Det kan videre være en indikasjon på at den senere utnyttelsen er rettsstridig etter mfl. §28.<sup>202</sup>

I det videre er det antatt i teori og praksis at lojalitetsplikten ikke gir et videre vern for bedriftshemmeligheter i den postkontraktuelle fasen enn den beskyttelsen § 28 gir.<sup>203</sup> En slik antakelse må bygge på at lojalitetsvurderingen spiller inn i rettsstridsvurderingen.

Illojal oppreden har av disse grunner relevans i rettsstridsvurderingen.

---

<sup>199</sup> Se punkt 4.2.3.

<sup>200</sup> Stenvik (2002) s. 513, hvor forfatteren omtaler en dom hvor etterligningen bar preg av «illojalitet eller andre subjektivt klanderverdige forhold».

<sup>201</sup> RG-1991-579, Irgens-Jensen (2010) s. 81.

<sup>202</sup> Sml. 4.3.2.3.

<sup>203</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 107 og LB-2013-20938.

#### 4.4.2.2 Vekten av illojalitet som moment

Spørsmålet i det videre er hvilken *vekt* en illojal handling kan tillegges som moment i rettsstridsvurderingen. Også her vil rettspraksis gi en indikasjon på momentets betydning.

I Oslo tingretts avgjørelse 14.mai 2010 «IOR» var spørsmålet om det var rettsstridig av den tidligere medarbeideren å søke patent basert på kunnskap fra tidligere arbeidsforhold. Retten konkluderte i rettsstridsvurderingen slik: «Etter en samlet vurdering har retten kommet til at Johannesen har overtrådt den *lojalitetsplikt* som han hadde som sentral og betrodd medarbeider i ventilprosjektet. Han har utnyttet bedriftshemmeligheter han har fått kjennskap til gjennom sitt oppdrag for Hydro. Utnyttelsen har skjedd i næringsvirksomhet og den har vært rettsstridig. Det foreligger dermed en overtredelse av markedsføringsloven § 7» (uth.her). Retten synes således å ha konsentrert rettsstridsvurderingen omkring en lojalitetsvurdering. Her var det særlig lagt vekt på medarbeiderens sentrale stilling i firmaet og den innsikt som fulgte med. Fordi Johannesen var godt kjent i bedriften, burde han visst bedre enn å handle som han gjorde. For øvrig spilte andre sentrale momenter inn, som at teknologien benyttet var av stor verdi. Det er derfor vanskelig å se hvorvidt lojalitetsmomentene var det som ga størst utslag, eller om det var den samlede vurderingen som ledet til konklusjonen.

En annen avgjørelse fra Oslo tingrett har en klarere uttalelse i relasjon til vekten av illojalitet i vurderingen. I «Lakselus», avsagt 3. mars 2016, var hovedspørsmålet i saken om to tidligere konsulenter ved igangsetting av konkurrerende virksomhet hadde utnyttet bedriftshemmeligheter fra oppdragsgiver. Rettsstridsvilkåret ble ikke behandlet konkret,<sup>204</sup> men retten uttalte seg generelt om vurderingen som skal foretas.

«I rettsstridsvurderingen må det legges sentral vekt på omfanget og graden av illojal opptreden, slik som utvikling av konkurrerende produkt mens samarbeidet pågår, om det er pågått brudd på avtalt konfidensialitetsplikt, besparelser for utviklingskostnader og tidsbruk, samt graden av likhet og selvstendig utvikling».<sup>205</sup>

I samme retning trekker uttalelser i «Supereject».<sup>206</sup> Saken ble avgjort på bakgrunn av mfl. § 25, men uttalelsene i relasjon til den rettstridige handlingen som hadde funnet sted, har overføringsverdi til § 28. Dette fordi den omtvistede handlingen gjaldt behandling av informasjon som ikke hadde karakter av å være bedriftshemmelighet, men som likevel ble regnet som særlig sensitiv forretningsinformasjon. Retten la særlig vekt på at den tidligere ansatte målbevisst hadde lett frem interne dokumenter og kopiert dem over til seg selv med det formål å benytte

---

<sup>204</sup> Dette fordi retten fant at saksøkte ikke hadde utnyttet bedriftshemmeligheter.

<sup>205</sup> Oslo tingretts dom av 3.mars 2016 s. 41.

<sup>206</sup> LA-2006-71768.

dem som underlagsdokumenter for den nye virksomheten. Handlingen ble regnet som grovt illojal, i strid med den taushetsplikt den ansatte hadde etter arbeidsavtalen og den alminnelige lojalitetsplikt. Illojaliteten synes således å hatt avgjørende betydning for at den ansatte ble vurdert å ha opptrådt i strid med markedsføringsloven § 25.

I relasjon til generalklausulen, uttaler Lunde seg om vekten av illojale handlinger. «At tilsette *har* starta konkurrerende aktivitet medan arbeidsforholdet framleis står ved lag, vil (...) ofte føre til ei konstatering av at verksemda i etableringsfasen *har* handla i strid med god forretningsskikk».<sup>207</sup> Forfatteren hevder i kommentarutgaven til markedsføringsloven at samme utgangspunkt må legges til grunn i rettsstridsvurderingen i § 28. «Grovt uaktsomme og forsettlige handlinger, både ved erverv av informasjon og ved utnyttelse av denne, bør som regel lede til at rettsstrid konstateres».<sup>208</sup> Dette i tråd med betraktningene i «Lakselus».

Der arbeidstaker har opptrådt klanderverdig i overgangen til konkurrerende virksomhet, bør hensynet til vern av tillitsforhold tillegges vesentlig vekt også i rettsstridsvurderingen. Når arbeidstaker har foretatt seg disposisjoner til skade for arbeidsgiver mens arbeidsforholdet bestod og på denne bakgrunn har oppnådd en urettmessig fordel, tilsier rimelighetsbetraktninger at slik opptreden ikke kan tillates.<sup>209</sup> Særlig bør betraktningene gjøre seg gjeldende ved utnyttelse av et komplekst og egenartet produkt eller prosess, fordi det vil frata bedriften det økonomiske fortrinnet som en lønnsom produksjonsprosess medfører, jf. «Notflottør».<sup>210</sup> Illojal opptreden synes således å måtte tillegges vesentlig vekt i rettsstridsvurderingen.

#### 4.5 Sluttbemerkninger

De autoritative kildene sier at handlingens rettsstridighet skal vurderes konkret. Gjennomgangen viser likevel at rettsstridsvurderingen ikke foretas i tråd de linjer som er trukket opp etter forarbeidene og Rt-1997-199. På tross av at rettsstridsvurderingen i de ulike dommene synes knapp eller ikke-eksisterende, kan resultatet i dommene forenes nokså godt med den bakenforliggende avveiningen som skal foretas. Dette på tross av at begrunnelsene noen ganger blir for generelle, som i «Roxar I» og «TCO».

Det er i det videre viktig å påpeke forholdet mellom rettsstridsvurderingen og vilkåret om at hemmeligheten må være «utnyttet». Rettsstridsvurderingen er knyttet til den senere utnyttelsen. Selv om andre forhold kan tale for at handlingen er rettsstridig, eksempelvis brudd på en

---

<sup>207</sup> Lunde (2000) s. 390.

<sup>208</sup> Lunde (2015) s. 244.

<sup>209</sup> Sml. LA-2006-71768.

<sup>210</sup> Se også 3.4.3.

konfidensialitetsavtale, må det fortsatt bevises at det har skjedd en utnyttelse av bedriftshemmelighetene, jf. «utnytte» og LA-2012-56160.

## 5 Forholdet mellom bedriftshemmelighetsbegrepet og rettsstridsvurderingen

### 5.1 Innledning

I lys av drøftelsene under kapittel 3 og 4 vil jeg i det videre se på forholdet mellom bedriftshemmelighetsbegrepet og rettsstridsvurderingen. Markedsføringsloven § 28 fremstår som en elastisk bestemmelse, hvor de ulike vilkårene utøver en innflytelse på hverandre. Som Irgens-Jensen skriver i sin bok, «skal det mindre til for å si at den aktuelle informasjon er «bedriftshemmeligheter» [når den angivelige krenkelse fremstår som sterkt kritikkverdig] enn ved mindre alvorlige handlinger.»<sup>211</sup> Det vil også lettere oppstå rettsstrid der utnytter visste at det var brukt mye ressurser for å finne frem til en verdifull løsning.<sup>212</sup> Jeg vil ikke gå nærmere inn på slike konkrete eksempler, men påpeke noen forhold som bør reflekteres rundt i rettsstridsvurderingen når det er en «sum av viten» som er beskyttet. Spørsmålet under 5.2. er om «sum av viten» medfører en utvidelse av bedriftshemmelighetsbegrepet. Under 5.3. diskuterer jeg hvorvidt en «lav list» for bedriftshemmelighetsbegrepet er problematisk.

### 5.2 «Sum av viten» - en utvidelse av bedriftshemmelighetsvernet?

Grensen for at noe skal anses som en bedriftshemmelighet har tradisjonelt vært oppfattet som relativt snever.<sup>213</sup> Med introduksjonen av «sum av viten», kan det diskuteres om vurderingstemaet har blitt videre.

Uttalelser i rettspraksis kan tale for at utviklingen har gått mot et videre bedriftshemmelighetsbegrep. I Rt-1964-238 uttalte de sakkyndige, med tilslutning fra retten, at det er en «tendens til å trekke relativt *snevre grenser* når det gjelder begrepet bedriftshemmeligheter...» (ut.h.).<sup>214</sup> Dette til forskjell fra en nyere dom fra Sør-Trøndelag tingrett, hvor drøftelsen angikk læren om «sum av viten».<sup>215</sup> Retten uttalte at «[v]urderingen av hva som er en bedriftshemmelighet i markedsføringsloven § 28 sin forstand er *relativt vid*».

At læren ikke bryter med den tradisjonelle vurderingen av bedriftshemmelighetsvernet, er relativt klart. Dette fordi beskyttelse av læren beror på de samme kriteriene som bedriftshem-

---

<sup>211</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 74.

<sup>212</sup> *ibid.* s. 270.

<sup>213</sup> Rt-1964-238 s. 243.

<sup>214</sup> s. 243.

<sup>215</sup> Sør-Trøndelag tingretts dom av 12. februar 2014.



melighetsbegrepet i sin alminnelighet. Det stilles krav til at informasjonen oppfyller de kvalitative kravene, og at den er søkt hemmeligholdt. Tolkingsstilen for «sum av viten» kan således synes å lede til at læren kun medfører en presisering av grensedragningen mellom fri og beskyttet viten. Hvorvidt realiteten ligger nærmere en utvidelse enn en presisering er imidlertid ikke klart. Uttalelsene ovenfor kan i hvert fall tas til inntekt for at «sum av viten» blir *oppfattet* å gi en videre beskyttelse enn hva den tradisjonelle fortolkningen av «bedriftshemmeligheter» har gitt.

Det medfører to ganske ulike innfallsvinkler å vurdere «summen» som å vurdere ett og ett element. Å gi beskyttelse for helheten, medfører at også kjente fenomener blir ilagt en utnyttelsesbegrensning for pliktsubjektene. Dette er for øvrig – etter min oppfatning, mindre dramatisk enn det kan høres ut. For det første medfører ikke *beskyttelse av summen* en utnyttelsesbegrensning av hvert enkelt element, med mindre disse i seg selv oppfyller kravet til å være en bedriftshemmelighet. Pliktsubjektene kan derfor ta i bruk enkelte kjente elementer som inngår i summen uten å opptre i strid med mfl. § 28. Når den beskyttelsesverdige innsatsen ligger i en sammenstilling av allment kjent informasjon, bør den nyte samme vern som når et enkeltelement kan anses som en bedriftshemmelighet. For det andre medfører kravet til *konkretisering* at «rettighetshaver» ikke kan få beskyttelse for «alt». En anvendelse av læren synes å kreve at kunnskapen er tilknyttet en bestemt produktsammensetning eller produksjonsprosess.<sup>216</sup> Uten slike holdepunkter vil vurderingen være praktisk vanskelig å gjennomføre og kan av den grunn avvises.<sup>217</sup> Videre krever *bakgrunnsretten* at vernet ikke blir for abstrakt og altoppslukende. En beskyttelse av altfor vage kunnskaper vil kunne hindre innovasjon og arbeidstakers mobilitet. Markedsføringsloven kan ikke praktiseres så strengt at det virker hemmende på konkurransen og arbeidstakers mobilitet.<sup>218</sup> Det er min oppfatning at kravet til konkretisering er avgjørende for at beskyttet «sum av viten» ikke skal medføre inngrep i konkurranserettslige prinsipper.<sup>219</sup>

Videre er det ikke kontroversielt å gi enerett til en helhet bestående av kjente enkeltelementer på andre immaterialrettslige områder. I opphavsretten kan en sammenstilling av kjente elementer være beskyttet som åndsverk, dersom helheten har verkshøyde.<sup>220</sup> Også patentretten gir beskyttelse for helheten, der summen oppfyller kravet til nyhet og oppfinnelseshøyde.<sup>221</sup>

---

<sup>216</sup> Punkt 3.3.2.

<sup>217</sup> LB-2013-20938 og punkt 3.3.3.

<sup>218</sup> jf. LB-2012-174330, Rt-1998-1315, LA-2006-71768, Nazarian (2007) s. 508.

<sup>219</sup> Sml. punkt 3.3.2. og 3.3.3.

<sup>220</sup> jf. åndsverkloven § 1 og Rt-2013-822 avsnitt 44.

<sup>221</sup> Patentloven § 2.

Både kravet til verkshøyde, samt nyhet og oppfinneshøyde, gir uttrykk for et krav til originalitet. Også «sum av viten» må oppfylle et lignende krav, se 3.4.3.

Beskyttelse av «sum av viten» synes av disse grunner ikke å medføre en utvidelse av bedriftshemmelighetsbegrepet. Imidlertid gir summen også beskyttelse av allmenn viten, som kan lede til et behov for en grundig rettsstridsvurdering.

### 5.3 Ikke uproblematisk med «lav list»

Ved inntoget av læren om «sum av viten» kan det diskuteres om rettsstridsvurderingen bør gis en større rolle for å skille overtredelser fra fri utnyttelse. En «lavere list» for å anse noe som en bedriftshemmelighet, kan møtes gjennom en konkret avveining av hvilke forhold som skal pådømmes i rettsstridsvurderingen.<sup>222</sup> Dette ved at rettsstridsvurderingen skiller den rimelige utnyttelse fra den urimelige. Løsningen har for øvrig en åpenbar ulempe.<sup>223</sup> Reaksjonene knyttet til § 28 er erstatning eller straff, jf. mfl. § 48 og § 48b, se også straffeloven § 207. Det er ikke uproblematisk å legge opp til en drøftelse hvor rettsstridsvurderingen skal skille mellom pønale reaksjoner og frihet.

For det første er rettsstridsvurderingen tradisjonelt ment å oppstille «en generell reservasjon» mot at urimelige tilfeller faller under bestemmelsen.<sup>224</sup> Stilles listen for bedriftshemmeligheter for lavt, vil rettsstridsvurderingen ikke lenger fungere som en «sikkerhetsventil». Vilåret vil fremstå som det bærende vilkåret i bestemmelsen.

For det andre bør tidligere samarbeidspartner være sikret en viss form for forutberegnelighet med hensyn til hvilken informasjon han står fritt til å ta i bruk, og hvilken han bør avstå fra å benytte. Som saksøkt kan det virke belastende å få konstatert at det foreligger en utnyttelse av bedriftshemmeligheter, selv om han blir frikjent fordi handlingen ikke var rettsstridig. Det ligger et snev av klanderverdighet i en slik konklusjon. Samarbeidspartneren bør kunne unngå en slik situasjon ved å forholde seg til den eksplisitte eller implisitte konfidensialitet som han er blitt pålagt.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> Sandvik (upub.) s. 15.

<sup>223</sup> *ibid.*

<sup>224</sup> Andenæs (2004) s. 155, jf. Irgens-Jensen (2010) s. 70.

<sup>225</sup> En viss forutberegnelighet kan sikres gjennom fokus på de tiltak som «rettighetshaver» har gjort for å holde informasjonen hemmelig. I engelsk rett er denne testen kalt «reasonable man test». Hvorvidt informasjonen er søkt hemmeligholdt avgjøres ved en vurdering om en «reasonable man standing in the shoes of the recipient of the information would have realised that upon reasonable grounds the information was being given to him in confidence», jf. *Coco v. A N Clark* s. 48.

For det tredje gir bruken av rettsstridsvilkåret i saker om «sum av viten» få holdepunkter i rettspraksis for at domstolene er bevisst de nevnte betraktninger. Det finnes en rekke saker hvor rettsstridsvilkåret enten er behandlet i korte trekk, eller hvor vurderingen ikke kommer til uttrykk.<sup>226</sup> Det kan eksempelvis vises til «Roxar I».<sup>227</sup> Rettsstridsvurderingen som ble foretatt var generelt utformet og lite knyttet til en konkret avveining i det enkelte tilfellet.

Videre kan det stilles spørsmål ved om det er behov for å legge begrepet «bedriftshemmeligheter» på strekk når vi har generalklausulen i mfl. §25, som forbyr opptreden i strid med god forretningsskikk. Generalklausulen i markedsføringsloven står i samme kapittel som § 28, som gir en beskyttelse for næringsdrivendes interesser.<sup>228</sup> Begge bestemmelsene legger opp til en vurdering av handlingens rettsstridighet, og tillitsperspektivet blir også fanget opp i §25. Et forhold som ligger til § 28 som ikke kan plukkes opp i relasjon til generalklausulen, er reaksjonsformen. Det kan ilegges straff for brudd på § 28, jf. §48. Straff som sanksjon kan bare ilegges for brudd på § 25 der handlingen gjelder bruk av en geografisk betegnelse, jf. § 48a. Dette skaper imidlertid ikke noe hinder, da straff er forbeholdt de grove tilfellene av utnyttelse. Kunnskap som såvidt oppfyller vilkårene til en bedriftshemmelighet, er nærmere å medføre erstatning. En nærmere redegjørelse ligger utenfor denne oppgaven.

---

<sup>226</sup> Se 4.3.

<sup>227</sup> Se 3.2.2.

<sup>228</sup> Lunde (2015) s. 17-18.

## 6 Forholdet til EU-direktivet 2016

### 6.1 Innledning

Gjeldende markedsføringslov kom blant annet på bakgrunn av EF-direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis overfor forbrukere.<sup>229</sup> Utover en endring i nummerering, førte direktivet ikke til endringer for hvordan næringsdrivende skal opptre overfor hverandre. Bedriftshemmelighetsvernet ble derfor ikke berørt. Et nytt EU-direktiv, vedtatt i juni 2016, kan imidlertid lede til en noe større revisjon.<sup>230</sup> EU direktiv 2016/943 (direktivet) omhandler *beskyttelse av fortrolig know-how og forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot rettsstridig tilegnelse, bruk og videregivelse*. Det er med andre ord direkte rettet mot den beskyttelse som mfl. §28 oppstiller i dag.

Det ligger utenfor oppgaven å behandle direktivet i detalj. Det avgrenses i det følgende til spørsmålet om direktivet behandler forholdet til «sum av viten» og føringer på rettsstridsvurderingen.

### 6.2 «Sum av viten» og direktivet

Læren om «sum av viten» er ikke eksplisitt nevnt i direktivforslaget eller fortalen. Omtalen av bedriftshemmeligheter generelt kan likevel gi noen holdepunkter for å si noe om læren opp mot direktivet.

«Bedriftshemmeligheter» er definert i direktivets artikkel 2 (1).

1. 'trade secrets' means information which meets all of the following requirements:
  - a) It is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;
  - a) It has commercial value because it is secret;
  - b) It has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret

Definisjonen er tilnærmet identisk med definisjonen i TRIPS-avtalen artikkel 39 (2). Dagens fortolkning av «bedriftshemmeligheter lagt til grunn i forarbeidene og Rt-2008-1841, er antatt

---

<sup>229</sup> Ot.prp. nr. 55 (2007-2008), punkt 2.2.

<sup>230</sup> EP/Rdir 2016/943 EF.

å være i overensstemmelse med TRIPS-avtalen,<sup>231</sup> og resultatet bør derfor bli det samme etter en tolkning av direktivet. Det bemerkes at direktivet kan virke noe mer utfyllende enn de norske kriteriene, uten at dette synes å medføre noen egentlig realitetsforskjell mellom den fortolkning som er lagt til grunn i norsk praksis og etter direktivet.<sup>232</sup>

Under «sum av viten» er det først og fremst kravet til *foretaksspesifikk informasjon* som har vært debattert. Kravet er i norsk rett blitt tolket som at informasjonen ikke må være kjent eller lett tilgjengelig.<sup>233</sup> Det samme krav fremkommer i direktivet, hvor det heter at informasjonen ikke må være «generally known (...) or readily accessible», jf. direktivet artikkel 2 (1) a).

En formulering som muligens presiserer forholdet til «sum av viten», er den første delen av setningen i artikkel 2 (1) a). Den del som ikke må være kjent, er informasjonen «as a body or in the precise configuration and assembly of its components». Særlig sistnevnte kan synes å gi rom for en fortolkning av «sum av viten» under bedriftshemmelighetsbegrepet, også under direktivet. Den danskspråklige versjonen av direktivet bruker formuleringen «sammensætning af deres komponenter». Såfremt sammenstillingen er ukjent for viktige konkurrenter, synes også direktivet å åpne for at «sum av viten» kan beskyttes.

Et motargument kan finnes i en kontekstuell tolkning av direktivet. I fortalen presiseres det flere ganger at direktivet ikke er ment å hindre arbeidstakers mobilitet. Særlig punkt 13 er relevant. «The Directive should not be understood as restricting the freedom of establishment, the free movement of workers or the mobility of workers as provided for in Union law...» Det kan diskuteres hvorvidt læren om «sum av viten» i noen tilfeller kan pålegge en særlig restriksjon på tidligere arbeidstakere, i strid med direktivets formål. Eksempelvis vil særlig spesialiserte arbeidstakere stå i fare for ikke å kunne utnytte den kunnskap de har opparbeidet seg. Dette vil begrense deres kommersielle verdi som arbeidstakere for andre arbeids- eller oppdragsgivere, ikke bare nasjonalt, men også på tvers av landegrensene i EU.

Videre presiserer fortalen punkt 14 innholdet i definisjonen av «trade secrets» i art. 2. «The definition of trade secrets excludes trivial information and the experience and skills gained by employees in the normal course of their employment, and also excludes information which is generally known among, or is readily accessible to, persons within the circles that normally deal with the kind of information in question.» Hvorvidt uttalelsen er ment å oppstille det samme *utgangspunkt* som norsk rett har operert med, eller om det innebærer en *avgrensning* som utelukker beskyttet «sum av viten», fremstår for meg som usikkert.

---

<sup>231</sup> Lunde (2015) s. 227.

<sup>232</sup> *ibid.* s. 228.

<sup>233</sup> Irgens-Jensen (2010) s. 178, se punkt 2.2.

### 6.3 Rettsstridsvurderingen og direktivet

Det norske vilkåret om «rettsstrid» har ingen direkte motpol i direktivet. Kapittel 2 i direktivet berører imidlertid noen av spørsmålene og avveiningene som foretas under vurderingen av om det foreligger en rettsstridig utnyttelse. Mens artikkel 3 omtaler de lovlige handlingene, behandler artikkel 4 «unlawful acquisition, use and disclosure of trade secrets». Til forskjell fra direktivet, regulerer ikke dagens bedriftshemmelighetsvern hva som utgjør rettstridig eller rettmessig tilegnelse av bedriftshemmeligheter, jf. vilkåret «utnytte».<sup>234</sup> Behandling av direktivets regler om lovlig og ulovlig tilegnelse faller derfor utenfor oppgaven.<sup>235</sup>

Bruk eller videregivelse av en forretningshemmelighet er lovlig «i det omfang EU-retten eller national ret kræver eller tillader...» det, jf. artikkel 3 (2).<sup>236</sup> Hvorvidt handlingen er ulovlig, følger av artikkel 4 (3), som er relevant for oppgaven.

«3. the use or disclosure of a trade secret shall be considered unlawful whenever carried out, without the consent of the trade secret holder, by a person who is found to meet any of the following conditions:

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

Inkorporering av artikkel 4 (3) vil kunne få særlig betydning for den fremtidige gyldigheten av drøftelsen under punkt 4.3: Spørsmålet som ble behandlet, var hvorvidt det foreligger noen former for utnyttelse som per definisjon er rettsstridige.

I lys av «TCO»<sup>237</sup> er jeg av oppfatningen at brudd på en konfidensialitetsavtale per definisjon kan sies å være rettsstridig der det foreligger en utnyttelse av bedriftshemmeligheter.<sup>238</sup> Dette under forutsetningen at konfidensialitetsavtalen regulerer rettighetsspørsmålet til informasjonen. Brudd på en plikt til å bevare fortrolighet om eller til å begrense bruken av en forretningshemmelighet, er etter direktivet å regne som «unlawful use or disclosure», jf. bokstav b) og c).<sup>239</sup> Artikkel 4 (3) tilsier derfor at en løsning basert på direktivet også vil bli den samme.

---

<sup>234</sup> Se punkt 2.5.

<sup>235</sup> Jf. artikkel 3 (1), 4 (2) og (5). Det samme gjelder regulering av tredjemannsvernet i artikkel 4 (4).

<sup>236</sup> Jf. EP/Rdir 2016/943 EF, dansk versjon.

<sup>237</sup> LG-2013-162132

<sup>238</sup> Punkt 4.3.2.1.

<sup>239</sup> Direktivet er ikke ment å regulere kontraktsretten, så norske ugyldighets- og tolkningsregler vil fortsatt gjelde, jf. direktivets fortale punkt 39.

Under 4.3.1.4. gjaldt diskusjonen om brudd på lojalitetsplikten per definisjon medfører at en utnyttelse av bedriftshemmeligheter er rettsstridig. På bakgrunn av lojalitetsvurderingens komplekse natur, som også regulerer handlinger uten relevans for bedriftshemmelighetsvernet, er det min oppfatning at det ikke kan foreligge en automatikk med overføring fra den ene konklusjonen til den andre. Ordlyden i direktivet artikkel 4 (3) b) og c) åpner for at brudd på lojalitetsplikten må innebære at det foreligger en ulovlig videregivelse eller utnyttelse. Konkurransforbudet, som en biforpliktelse til lojalitetsplikten, medfører en plikt til å avstå fra å forberede konkurrerende virksomhet basert på arbeidsgivers bedriftshemmeligheter, eller å dele dem med konkurrenten. Et brudd på en slik plikt kan etter ordlyden falle under “any other duty to limit the use of the trade secret” eller “other duty not to disclose the trade secret”. Det presiseres at lojalitetsplikten bare får direkte betydning etter direktivets bestemmelse, dersom illojaliteten gjelder bruk eller videregivelse av bedriftshemmeligheter.

I artikkel 5 oppstilles det noen absolutte unntak fra artikkel 3 og 4. Bestemmelsene kommer ikke til anvendelse der bruken eller videreformidlingen skjer ved a) utøvelse av ytringsfriheten, b) varslings med det formål å beskytte allmennhetens interesser, c) informasjonsdeling som er nødvendig mellom arbeidstakere og deres representanter eller d) for andre legitime formål. Det er meg kjent om disse overordnede hensynene er vurdert opp mot rettsstridsvurderingen i rettspraksis. Det er likevel nærliggende å anta at resultatet av en rettsstridsvurdering i norsk rett vil skje i tråd med artikkel 5, blant annet ved at bakgrunnsretten vil spille inn i vurderingen.<sup>240</sup>

## 6.4 Veien videre

Tiden vil vise om direktivet vil medføre endringer i anvendelse av rettsstridsvurderingen, og om læren om «sum av viten» kan opprettholdes. Det blir videre interessant å se om norsk rettspraksis, etter en inkorporering av direktivet, vil foreta en grundigere drøftelse av rettsstridsvilkåret enn hva som er blitt gjort i dommene som er avsagt om mfl. § 28.

Danmark, som lenge har hatt en lik lovgivningsmodell som oss, med en samlet markedsføringslov, har liggende et forslag om en egen lov til beskyttelse av bedriftshemmeligheter.<sup>241</sup> Dette i tråd med den modellen som Sverige i lengre tid har hatt.<sup>242</sup> Det antas at også Norge vil få en egen lov om forretningshemmeligheter. Forslag til inkorporering lar enda vente på seg da Justis- og beredskapsdepartementet foreløpig ikke har fullført utarbeidelsen av et lovfor-

---

<sup>240</sup> Eksempelvis Grunnloven § 100

<sup>241</sup> Høring over udkast til forslag til lov om forretningshemmeligheder.

<sup>242</sup> Lag om skydd för företagshemligheter.

slag.<sup>243</sup> I lys av at fristen for inkorporasjon er 9. juni 2018, burde et lovforslag fra departementet foreligge snarlig.<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup> Per 24.11.17.

<sup>244</sup> Justis- og beredskapsdepartementet (2017).



## Litteraturliste

### Lover

- 1814 Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- 1902 Lov 22.mai 1902 nr. 10 Aldmindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)
- 1918 Lov 31.mai 1918 nr. 4 lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljserklæringer (avtaleloven)
- 1922 Lov 7. juli 1922 nr. 2 om utilbørlig konkurranse
- 1961 Lov 12. mai 1961 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)
- 1967 Lov 15. desember 1967 nr. 9 lov om patenter (patentloven)
- 1972 Lov 16. juni 1972 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)
- 1994 Kongelig resolusjon 2. desember 1994
- 2005 Lov 20.mai 2005 nr. 28 lov om straff (straffeloven)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- 2009 Lov 9. januar 2009 nr. 2 lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

### Forarbeider

Indstilling til lov mot utilbørlig konkurranse (1915) *Indstilling til lov mot utilbørlig konkurranse*

Innstilling fra konkurranselovkomitéen 1966 *Innstilling fra konkurranselovkomitéen*

NOU 2002:4	<i>Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII</i>
NU 1963: 6 s. 127	<i>Betenkning angående nordisk patentlovgivning, avgitt av samarbeidende danske, finske, norske og svenske komiteer, Nordisk udredningsserie 1963: 6, Oslo 1964</i>
Ot.prp. nr 57 (1971-72)	<i>Lov om markedsmisbruk</i>
Ot.prp. nr. 55 (2007-2008)	<i>Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.</i>
Ot.prp. nr 22 (2008-2009)	<i>Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)</i>

## **Rettspraksis**

### *Høyesterett*

Rt-1964-238	«Notflottør»
Rt-1988-1078	
Rt-1989-689	
Rt-1990-607	«Saga Data»
Rt-1997-199	«Cirrus»
Rt-1998-1315	«Iskrem-dommen»
Rt-2001-716	
Rt-2003-713	«Norway Seafoods»
Rt-2007-1841	«SAS/Braathens»
Rt-2013-822	«Ambassadør»

### ***Lagmannsrettene***

RG-1991-579

LG-2003-8617	«Roxar I»
LA-2004-60570	«Scanmar»
LA-2006-71768	«Supereject»
LB-2008-17240	«Flexiped»
LA-2012-56160	«Norlux»
LB-2012-174330	«Mesta/Hæhre»
LB-2013-20938	«Vensafe»
LB-2013-179800	«Zentuvo»
LG-2013-162132	«TCO»

### ***Tingrettene***

TSTAV-2006-56178-2	«Roxar II»
Oslo tingretts dom av 14. mai 2010	«IOR»
TOSLO-2011-113128	«Wee»
Sør-Trøndelag tingretts dom av 12. februar 2014	«Efcon»
Oslo tingretts dom av 3. mars 2016	«Lakselus»
Oslo tingretts dom 14. juli 2017	

### **Internasjonale rettskilder**

Agreement establishing the World Trade Organization	Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations (1986- 1994) - Agreement establishing the World Trade Organization (WTO)
---	---

EP/Rdir 2016/943 EF  
Europaparlamentets- og rådsdirektiv  
2016/943/EF av 8.juni 2016 om beskyttelse av  
fortrolig know-how og forretningsopplysning-  
er (forretningshemmeligheter) mot rettsstridig  
tilegnelse, bruk og videregivelse [sitert fra  
Eur-Lex]

TRIPS-avtalen  
Agreement on Trade-Related Aspects of Intel-  
lectual Property Rights, Marrakech 15. April  
1994

### Utenlandske (nasjonale) rettskilder

Coco v. A N Clark  
Coco v. A N Clark (Engineers) Limited  
[1969] RPC 41 [England]

Høring over udkast til forslag til lov om for-  
retningshemmeligheter  
Høring over udkast til forslag til lov om for-  
retningshemmeligheter, publisert 06. oktober  
2017 [Danmark]

Lag om skydd för företagshemligheter  
Lag om skydd för företagshemligheter  
(1990:409) [Sverige]

### Litteratur

Andenæs (2004)  
Andenæs, Johs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Matningsdal og  
Georg Fredrik Rieber-Mohn ed., Oslo: Universitetsforlaget, 2004

Bjørnebye (2008)  
Bjørnebye, Andreas, «Lojalitetskrav etter oppfylt kontrakt – postkon-  
traktuelle konkurransebegrensninger på immaterialrettens område», i  
*Aktuell immaterialrett*, Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), Oslo:  
Universitetsforlaget, 2008, 21-50

Eckhoff (2001)  
Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære* (5. utgave),  
Oslo: 2001

Fougner (1999)  
Fougner, Jan, *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*, Oslo: Tano Asche-  
houg, 1999

Irgens-Jensen (2010)  
Irgens-Jensen, Harald, *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*, Oslo:

Universitetsforslaget, 2010

- Irgens-Jensen (2016) Irgens-Jensen, Harald, Ole-Andreas Rognstad, Are Stenvik og Inger Berg Ørstavik, «Preseptoriske immaterialrettsregler og virkningene av dem», i *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red.), Bergen: Fagbokforlaget, 2016, 365-403
- Justis- og beredskapsdepartementet (2017) Justis- og beredskapsdepartementet (2017) *Direktiv om beskyttelse av forretningshemmeligheter*, 06.06.17. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatba-sen/notatene/2014/nov/forretningshemmelighetsdirektivet/id2434637/> [lest 22.11.17]
- Lunde (2000) Lunde, Tore, *God forretningskikk næringsdrivande imellom*, Bergen: 2000
- Lunde (2015) Lunde, Tore, Terje Lundby og Ingvild Mestad, *Markedsføringsloven: med kommentarer* (2. utgave), Oslo: Gyldendal, 2015
- Lunde (2016) Lunde, Tore, (2016) «Norsk lovkommentar til markedsføringsloven» i *Rettsdata*, 2016 [Sisert: 19.09.17]
- Løchen (2003) Løchen, Torvald, og Amund Grimstad, *Markedsføringsloven – Kommentanutgave* (7. utgave), Oslo: Universitetsforlaget, 2003
- Madsen (2007) Madsen, Palle Bo, *Markedsrett del 2: Markedsføringsret og konkurranseværn*, Danmark: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo: Cappelen forlag, 2007
- Nicander (1996) Nicander, Hans, "Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden", *Juridisk Tidsskrift* 01 1995-1996 s. 31-49
- Nordtveit (1992) Nordtveit, Ernst, *Oppdrags samarbeid: Joint Ventures i oppdragsindistri, entreprenørveksemd, forskning og utvikling*, Bergen: Alma Mater, 1992

- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2. utgave), Bergen: 2004
- Sandvik (upub.) Sandvik, Espen, "«Sum av viten» som rettslig vernet bedriftshemmelighet" (upublisert per 24.11.17). Basert på ferdig utkast mottatt i august
- Skjønberg (2014) Skjønberg, Alexander Næss, og Hognestad, Eirik, *Individuell arbeidsrett*, Oslo: Gyldendal, 2014
- Skoghøy (2002) Skoghøy, Jens Edvin A., "Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse", i: Holgersen, Gudrun, Krüger, Kai og Lilleholt, Kåre (red.), *Nybrott og odling: Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002*, Bergen 2002 s. 323-343. [sitert fra lovdata.no]
- Stenvik (2002) Stenvik, Are, "Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og –metoder", *Tidsskrift for forretningsjus* 04 (2002) s. 484-523 [sitert fra lovdata.no]
- Woxholth (2017) Woxholth, Geir, *Avtalerett* (10.utgave), Oslo: Gyldendal, 2017