

UiO : **Det juridiske fakultet**

Kravet til beskyttelsestiltak etter forretningshemmelighetsloven § 2 første ledd bokstav c

Kandidatnummer: 689

Leveringsfrist: 25.11.2020

Antall ord: 17925



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Begrepsbruk og presiseringer.....	2
1.3	Metodiske poenger	4
1.3.1	Nasjonale rettskilder	4
1.3.2	Internasjonale rettskilder	5
2	HENSYN BAK KRAVET TIL BESKYTTELSESTILTAK	6
3	EN KARTLEGGING AV GJELDENE RETT	9
4	INNEHAVER MÅ HA TRUFFET TILTAK	11
4.1	Innføring av en aktivitetsplikt.....	11
4.2	Tidsaspektet – når må tiltak foreligge?	13
5	NÅR ER TILTAKENE «RIMELIGE»?	14
5.1	Om uttrykket «rimelige tiltak».....	14
5.2	Berettigede forventninger – innholdet av vurderingsnormen	16
5.2.1	Fastlegging av begrepet berettigede forventninger	16
5.2.2	Forholdet mellom generell og konkret berettigelse	18
5.3	Plassering av risikoen for tiltakenes effektivitet	20
5.4	Oppsummering.....	23
6	VURDERINGSMOMENTER VED BEDØMMELSEN AV INNEHAVERS BESKYTTELSESTILTAK.....	24
6.1	Noen innledende presiseringer	24
6.2	Forhold ved hemmeligheten – dens karakter og verdi	24
6.3	Forhold ved tiltakene - innehavers forutsetninger for å treffe tiltak	25
6.4	Forhold ved inngrepet – kartlegging av aktuelle risikofaktorer.....	26
6.5	Oppsummering.....	28
7	NÆRMERE OM KRAVETS INNHOLD I KONKRETE TYPETILFELLER	29
7.1	Innledning – noen utvalgte typetilfeller	29
7.2	Etablering av vern på grunnlag av et underforstått krav om hemmelighold.....	29
7.2.1	Et snevert unntak fra aktivitetsplikten	29
7.2.2	Grunnvilkår: Forretningsmessig forbindelse mellom innehaver og mottaker..	30

7.2.3	Bestemt og synlig formål med overleveringen.....	31
7.2.4	Etablert tillitsforhold mellom innehaver og mottaker	33
7.2.5	Stiltiltende avtale om hemmelighold	35
7.3	Etablering av vern på grunnlag av en catch all-klausul	36
7.3.1	Kort om bruken av catch all-klausuler	36
7.3.2	Grunnvilkår: Klausulen må være i bruk	37
7.3.3	Krav til konkretisering – når og på hvilke vilkår?	37
7.4	Etablering av vern der hemmelighold forutsetter svært kostbare tiltak.....	39
7.4.1	Problembeskrivelse.....	39
7.4.2	Adgangen til å etablere vern - et kostnadsspørsmål	40
7.4.3	Grunnvilkår: Krav til nødvendighet	41
7.4.4	Tilgjengelighet som det avgjørende bedømmelseskriterium.....	42
8	AVSLUTNING.....	44
9	KILDEREGISTER.....	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I dagens kunnskapsbaserte økonomi betraktes forretningshemmeligheter ofte som «kronjuvelene»¹ i bedrifters intellektuelle kapital.² Forretningshemmeligheter har potensial som drivkraft for økonomisk vekst og sysselsetting. De er òg viktige for å sikre virksomheter konkurransefortrinn og for å legge til rette for nyskaping og kunnskapsoverføring. Av denne grunn opplever også stadig flere innehavere å bli ofre for inngrep i sine forretningshemmeligheter.³ Ordtaket «kunnskap er makt» er et treffende uttrykk i så henseende. Det er da et paradoks at vernet om forretningshemmeligheter frem til i dag har vært fragmentarisk regulert i markedsføringsloven, straffeloven, tvisteloven, straffeprosessloven og patentloven.⁴

Den 27. mars 2020 ble lov nr. 15 om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) vedtatt av Stortinget. Loven samler reglene til beskyttelse av forretningshemmeligheter i én lov, og erstatter eller supplerer eksisterende bestemmelser. Trolig trer den i kraft 1. januar 2021.⁵

Forretningshemmelighetsloven gjennomfører EU-direktiv 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet) i norsk rett.⁶ EU-kommisjonens mål er at man med direktivet skal lykkes i å etablere et enhetlig og tilgjengelig regelsett for vern av forretningshemmeligheter i hele EU.⁷ Initiativet fra EU må forstås i lys av at den internasjonale TRIPS-avtalen⁸ fra 1994, ikke førte til samme grad av harmonisering i vernet om forretningshemmeligheter mellom EUs medlemsland, som en opprinnelig hadde tatt sikte på.⁹

Direktivet søker å harmonisere forretningshemmelighetsvernet ved regulering av særlig *tre* sentrale spørsmål; hvilke opplysninger som omfattes av begrepet forretningshemmeligheter;

¹ Castellaneta (2017) s. 836.

² Direktivets fortalepunkt 1.

³ EU-kommisjonen (2014) s. 3. Direktivets fortalepunkt 3. Se også Cash (2016) s. 282.

⁴ Markedsføringsloven §§ 28, 29, 48 og 48 b, straffeloven §§ 207 og 208, tvisteloven §§ 14-4, 22-10, 22-12, 34-8, straffeprosessloven § 124, patentloven § 65.

⁵ EFTA (2020).

⁶ EU-direktiv 2016/ 943 om beskyttelse av fortrolig knowhow og fortrolige forretningsopplysninger (forretningshemmeligheter) mot ulovlig ervervelse, bruk og formidling.

⁷ Direktivets fortalepunkt 10. Se også EU-kommisjonen (2013a) s. 2.

⁸ Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS-avtalen).

⁹ Direktivets fortalepunkt 6. Se også EU-kommisjonen (2012) s. 6. Undersøkelsen viser at 80 % av de spurte virksomhetene mente det var behov for et EU-initiativ.

hvilke handlinger som utgjør et inngrep; og hvilke håndhevings- og sanksjonsmidler som innehaver skal ha tilgjengelig. Denne oppgaven konsentrerer seg om førstnevnte spørsmål.

En legaldefinisjon av begrepet forretningshemmelighet er inntatt i forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 2 første ledd.¹⁰ Definisjonen baserer seg på TRIPS-avtalens ordlyd,¹¹ som igjen ble modellert etter USAs føderale lov om forretningshemmeligheter.¹² I tråd med siktemålet om en harmonisert regulering av forretningshemmelighetsvernet vedtok Stortinget en definisjon som med nødvendige språklige tilpasninger svarer til direktivets definisjon. Forretningshemmelighetsloven § 2 første ledd lyder:

Med forretningshemmeligheter menes opplysninger som

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

Oppgaven tar sikte på en nærmere analyse av kravet til beskyttelsestiltak i bokstav c. Målet med analysen er å klarlegge hva det vil si at innehaver «har truffet rimelige tiltak» for å beskytte sine forretningshemmeligheter, slik loven krever. I den forbindelse må en rekke underproblemstillinger drøftes nærmere. Deriblant hvilken vurderingsnorm som skal legges til grunn for bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak og hvilke faktiske omstendigheter som er særlig relevante ved vurderingen.

Ettersom forretningshemmelighetsloven § 2 første ledd bokstav c antas å utgjøre en «forsiktig skjerping» av det någjeldende kravet til beskyttelsestiltak,¹³ vil jeg gjennomgående i oppgaven forsøke å belyse hvilke materielle endringer den nye loven representerer på dette punkt, og hvilken innvirkning slike endringer vil kunne ha for enkelte praktiske typetilfeller.

1.2 Begrepsbruk og presiseringer

I det følgende benyttes begrepet forretningshemmelighet¹⁴ som en samlebetegnelse på det som etter någjeldende rett refereres til som en «bedriftshemmelighet»,¹⁵ og som tidligere har

¹⁰ Direktivet artikkel 2 første ledd bokstav c lyder: «it has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret».

¹¹ TRIPS-avtalen artikkel 39 (2) c).

¹² The USA Uniform Trade Secrets Act (UTSA).

¹³ Prop.5 LS (2019–2020) s. 26.

¹⁴ Begrepet «forretningshemmelighet» er benyttet i forretningshemmelighetsloven og straffeloven § 207 (1).

¹⁵ Markedsføringsloven § 28 og tidligere straffeloven § 405a.

vært betegnet som en «forretnings- eller driftshemmelighet».¹⁶ Kravet til beskyttelsestiltak brukes om det krav forretningshemmelighetsloven § 2 første ledd bokstav c oppstiller, mens uttrykket aktivitetsplikt betegner den plikt innehaver har til aktivt å treffe beskyttende tiltak.¹⁷ Med innehaver menes den som rettmessig råder over forretningshemmeligheten og som er pliktsubjekt for kravet til beskyttelsestiltak.¹⁸ Begrepet mottaker brukes som betegnelse på enhver som mottar forretningshemmeligheter fra innehaver. Mottakeren kan potensielt være en inngriper dersom forretningshemmeligheten tilegnes, utnyttes eller formidles rettsstridig.¹⁹

Når det gjelder forretningshemmelighetsvernets *grenseflater*, er det særlig et poeng å se at vernet på et rettssystematisk nivå kan klassifiseres som en informasjonsrett.²⁰ Slik sett har vernet mye til felles med immaterielle rettigheter og en rekke ideelt betingede rettigheter. Alle disse reglene etablerer rettigheter som gjør det mulig for rettighetshaveren å begrense tredjeparters tilgang til eller bruk av egen informasjon. Likhetene i deres grunnleggende struktur gjør det fruktbart å søke inspirasjon hos andre informasjonsretter når innholdet i vernet for forretningshemmeligheter skal fastsettes.

Vernet om forretningshemmeligheter er, i forlengelsen av dette, et viktig supplement eller et alternativ til industrielle rettigheter.²¹ Det gjelder særlig for den type opplysninger som ikke er registrerbare, for dyre å registrere eller som er mer verdifulle hvis de holdes hemmelig enn beskyttet gjennom patent-, varemerke eller designsystemet.²² Forretningshemmelighetsvernet bygger imidlertid på en bedømmelse av omstendighetene på *inngrepsstidspunktet* heller enn på en forhåndsregistrering av rettigheten. Dessuten gir ikke forretningshemmelighetsvernet noen enerett til informasjon som sådan, og dermed gjør det seg heller ikke gjeldende et like sterkt friholdelsesbehov som for eksempel i patentretten.²³ I så måte ligner vernet mer på opphavsretten. Den prinsipielle forskjellen er at vern etter forretningshemmelighetsloven forutsetter klanderverdighet hos inngriper, i motsetning til åndsverksloven som fordrer en objektiv vurdering av etterligningshandlingen.²⁴

¹⁶ Straffeloven 1902 § 294 (1) nr. 3.

¹⁷ Mer om dette i oppgavens punkt 4.1.

¹⁸ Forretningshemmelighetsloven § 2 (2).

¹⁹ Forretningshemmelighetsloven §§ 3 og 4.

²⁰ Riis, Schovsbo og Udsen (2018) s. 469.

²¹ Innst. 161 L (2019-2020) s. 1, Prop.5 LS (2019–2020) s. 5, direktivets fortalespunkt 1. Se også EU-kommisjonen (2013a) som omtaler forretningshemmeligheter som «a key complementary instrument for the required appropriation of intellectual assets».

²² Menell (2000) s. 150.

²³ Direktivets fortalespunkt 16.

²⁴ Åndsverkloven § 2 flg. Se Rt-2012-1062 (Tripp Trapp) (86).

Vernet om forretningshemmeligheter har dessuten en side mot konkurranserett, kontraktsrett og arbeidsrett, som alle representerer sentrale begrensninger i innehavers vern. Det er for eksempel viktig at regler til vern av forretningshemmeligheter ikke benyttes uberettiget av store etablerte foretak for å presse små oppstartbedrifter ut av markedet.²⁵ Videre må en unngå at vernet strekker seg så langt at det begrenser arbeidstakeres mobilitet på arbeidsmarkedet.²⁶

Forretningshemmelighetsvernet må altså til enhver tid vurderes i lys av sine nevnte grenseflater. Dette virker inn på den nærmere fastlegging av innholdet i kravet til beskyttelsestiltak.

1.3 Metodiske poenger

1.3.1 Nasjonale rettskilder

Innholdet i kravet til beskyttelsestiltak fastlegges i denne oppgaven i tråd med alminnelig juridisk metode.²⁷ I det følgende presenteres derfor kun de metodiske særegenheter ved min analyse av lovens krav.

Helt innledningsvis vil jeg bemerke at kravet til «rimelige tiltak» ikke har noe motsvar i gjeldende rett.²⁸ Ettersom forretningshemmelighetsloven enda ikke har trådt i kraft, og det så langt ikke finnes EU eller EØS-rettslig domstolpraksis på området, vil den videre analyse hovedsakelig måtte bygges på ordlyden og forarbeidene²⁹ til loven og direktivet.

Rettspraksis om någjeldende markedsføringsloven § 28 og straffeloven § 207 illustrerer imidlertid hvilke praktiske situasjoner en innehaver kan komme opp i. Dessuten tegner det opp et utgangspunkt og et sammenligningsgrunnlag for fastleggingen av kravets innhold, ettersom forretningshemmelighetsloven § 2 første ledd bokstav c antas å utgjøre en «forsiktig skjerping» av gjeldende rett.³⁰ Dette er begrunnelsen for at slik rettspraksis er gitt plass i min analyse.

Forretningshemmelighetsvernets skal som nevnt vurderes i lys av sine grenseflater. For denne oppgavens vedkommende vil det særlig kunne være aktuelt å trekke analogier fra nyhetskravet i patentloven § 2.³¹ Nyhetskravet går i korte trekk ut på at oppfinnelsen må være «ny» i

²⁵ Prop.5 LS (2019–2020) s. 118, direktivets fortalepunkt 22. Se til eksempel sak T-201/04 (Microsoft).

²⁶ Se direktivets fortalepunkt 13 og 14.

²⁷ Slik den er fremstilt i Eckhoff (2001).

²⁸ Rt-2007-1841, jf. NUT 1966: 2 s. 48. Nærmere om dette i oppgavens punkt 3.

²⁹ Det omfatter òg høringsnotatet inntatt i proposisjonen på s. 22-23, men likevel slik at jeg forsøker å utvise større grad av varsomhet med å legge disse uttalelsene direkte til grunn for lovtolkningen, jf. Høgberg og Sunde (2019) s. 189.

³⁰ Prop.5 LS (2019–2020) s. 26.

³¹ Patentloven § 2 (1).

forhold til teknikkens stand.³² Er oppfinnelsen gjort «allment tilgjengelig»³³ før patentet meddeles, vil den ikke lenger være å regne som «ny». Både kravet til beskyttelsestiltak etter forretningshemmelighetsloven § 2 første ledd bokstav c og kravet til nyhet i patentloven § 2 bygger altså på den samme grunntanken om at *vern betinges av hemmelighold*. På grunn av de to informasjonsrettighetenes ulike rekkevidde og rasjonale, er det imidlertid ikke gitt at kravet til hemmelighold skal være sammenfallende.³⁴ Dette kommer jeg nærmere inn på i punkt 7.2 og 7.4.

Det vil derimot ikke bli trukket analogier til det beslektede kravet til beskyttelsestiltak i forvaltningsloven § 13 c annet ledd, da bestemmelsen etter mitt syn ikke gir særlig veiledning ut over det som allerede følger av forretningshemmelighetsloven og gjeldende rett.

1.3.2 Internasjonale rettskilder

1.3.2.1 EØS-retten

Virkingen av at forretningshemmelighetsvernet nå er innlemmet som del av det EØS-rettslige system, er at *direktivet* og dermed den fremtidige *praksis fra EU- og EFTA-domstolen* i stor grad vil styre den videre fastlegging av forretningshemmelighetslovens innhold.³⁵ Forholdet mellom direktivet og forretningshemmelighetsloven kan beskrives slik at direktivet representerer forretningshemmelighetsvernets rammeverk, mens den videre utvikling av vernet vil skje i krysningen mellom direktivet, nasjonal rett og ikke minst alminnelige samfunns- og rettsoppfatninger.³⁶

Når direktivets bestemmelser skal tolkes må det skje i tråd med EU-domstolens juridiske metode, ved blant annet å se hen til direktivets fortale, tilblivelseshistorie³⁷ og formål.³⁸ Særlig direktivets fortale tillegges betydelig vekt i denne oppgaven. Den gir riktignok ikke bindende rettslige forpliktelser, men inneholder likefremt en rekke uttalelser og forklarende bemerkninger som er viktige når domstolene skal tolke direktivets bestemmelser, da særlig som ut-

³² Stenvik (2020) s. 171.

³³ Patentloven § 2 (2).

³⁴ Se oppgavens punkt 2.

³⁵ Homogenitetsprinsippet forankret i EØS-avtalen art. 6 og ODA-avtalen art. 3, presumsjonsprinsippet slik det er kommet til uttrykk i Rt-2000-1811 (Finanger).

³⁶ Se lignende betraktninger i Schovsbo, Minssen og Riis (2020) s. 2.

³⁷ Med tilblivelseshistorie menes forberedende arbeid i form av rapporter, høringsinnspill, lovforslag mv. («travaux préparatoires»). Selv om slike arbeider tillegges vekt av EU-domstolen, spiller de en mindre rolle enn forarbeider gjør i norsk rett, jf. Sejersted m.fl. (2011) s. 233-234.

³⁸ Høgberg og Sunde (2019) s. 308 og 403 flg.

trykk for sentrale formålsbetraktninger.³⁹ Langt på vei fyller fortalen den funksjon som forarbeider tradisjonelt har i norsk rett.⁴⁰

1.3.2.2 Nasjonale reguleringer i Norden, Europa og USA

I min analyse trekker jeg òg paralleller til utenlandske rettskilder for fastlegging av forretningshemmelighetslovens innhold. Det skjer naturlig nok bare der norske og EØS-rettslige kilder ikke gir noen endelig rettsavklaring. Paralleller til utenlandske rettskilder kan etter mitt syn forsvares ut fra direktivets harmoniseringsmålsetting.⁴¹

Som relevante utenlandske rettskilder kan nevnes nasjonale fortolkninger av direktivet. Til dette følger imidlertid en viktig bemerkning: Kravet til beskyttelsestiltak har frem til implementeringen av direktivet vært relativt ulikt behandlet i EUs medlemsland, og dette kan tenkes å smitte over på de nasjonale fortolkningene av direktivet. Eventuelle ulikheter er forsøkt hensyntatt ved at henvisninger til utenlandske rettskilder i hovedsak fungerer som *grunnlag for diskusjon* snarere enn som kilde for den norske fortolkningen. I oppgaven ses det særlig hen til våre nordiske naboland samt Tyskland.

EUs beskyttelsesregime for forretningshemmeligheter er dessuten del av en mer generell internasjonal trend. En studie utarbeidet på vegne av EU-Kommisjonen peker på det amerikanske rettssystemet som et spesielt viktig referanse- og inspirasjonspunkt for utviklingen av det felleseuropeiske beskyttelsesregimet.⁴² Amerikansk lovgivning gir viktig innsikt i den legislative begrunnelsen for kravet til beskyttelsestiltak – som et uttrykk for relevante reelle hensyn. Dette er bakgrunnen for at oppgaven vier oppmerksomhet til amerikansk rett.

2 Hensyn bak kravet til beskyttelsestiltak

Forretningshemmelighetsloven har til hensikt å skape et vern som til bidrar til mer innovasjon, forskning og informasjonsutveksling, og som legger til rette for sunne konkurranseforhold.⁴³ Gjennom den harmonisering av rettsbeskyttelsen i EU som direktivet og loven tar sikte på, fremmes dessuten innehavers incentiver til å delta i grenseoverskridende innovasjonsrelatert aktivitet.⁴⁴ Slik vil det indre markedes vekstfremmende potensial underbygges.

³⁹ Sejersted m.fl. (2011) s. 233.

⁴⁰ Høgberg og Sunde (2019) s. 408.

⁴¹ Se blant annet sak E-2/95 (Eidesund) (15).

⁴² Baker McKenzie (2013). Se også Sandeen (2020) s. 39 og 42.

⁴³ Prop.5 LS (2019–2020) s. 5, direktivets fortalepunkt 1. Se også Rådet (2014) s. 1.

⁴⁴ Prop.5 LS (2019–2020) s. 117.

Vel så viktig er det samtidig at vernet medfører besparelser i beskyttelsestiltak som ellers er nødvendige for å verne om innehavers forretningshemmeligheter.⁴⁵ Lovens underliggende rasjonale ligger da i å erstatte omfattende beskyttelsestiltak hos innehaveren med et rettslig vern forbeholdt den som treffer «rimelige tiltak». Et rettslig vern muliggjør dermed en lønnsom utnyttelse av innehavers forretningshemmeligheter.⁴⁶

I proposisjonen fra departementet fremgår det at «ved vurderingen av de tiltakene som er iverksatt i en konkret situasjon [vil det] være relevant å se hen til ... kost/nytte-betraktninger». Dette betyr at nytten ved ytterligere beskyttelsestiltak må holdes opp mot beskyttelseskostnadene for innehaver.⁴⁷ I fortalen understrekes det at medlemsstatene bør unngå å tolke kravet til beskyttelsestiltak så strengt at det fører til en ineffektiv allokering av kapital fra blant annet forskning og produktutvikling over til beskyttelsestiltak.⁴⁸ Både forretningshemmelighetsvernet som sådan og kravet til beskyttelsestiltak i særdeleshet kan altså begrunnes ut fra slike rettsøkonomiske betraktninger.

Spørsmålet om hva som vil utgjøre det *optimale* beskyttelsesnivå, er rikelig behandlet i retts-teori og økonomisk litteratur. *Friedman, Landes og Posner* gjør poeng ut av at det rettslige beskyttelsesregimet for forretningshemmeligheter først skal tre inn når kostnaden ved beskyttelsestiltak overstiger den samfunnsøkonomiske kostnaden ved å føre saken for domstolene.⁴⁹ En lignende linje følger *Menell* når han konstaterer at det optimale nivået av beskyttelsestiltak ligger der marginalkostnaden for slike tiltak svarer til det marginale forventede tapet i tilfelle misbruk.⁵⁰

Enkelte rettsteoretikere har på sin side hevdet at nesten *alle* beskyttelseskostnader er rettsøkonomisk ineffektive.⁵¹ De eneste kostnadene som da likevel kan forsvares er de som bidrar til å *bevise eksistensen* av en forretningshemmelighet. Dette referer til to sentrale funksjoner ved innehavers beskyttelsestiltak. For det første som bevis for at den antatte innehaveren verdsatte hemmeligheten også før den angivelig ble rettstridig utnyttet (*sannhetsfunksjonen*). Tatt i betraktning at forretningshemmeligheters verdi er nært knyttet til opplysningenes hemmelighold, bør en som utgangspunkt kunne forvente at innehaveren klargjør overfor sine ansatte og eksterne forretningsforbindelser at de har å gjøre med konfidensielle opplysninger. Beskyttelsestiltakene fungerer slik sett som en god markør for hvilken type informasjon innehaver selv

⁴⁵ Irgens-Jensen (2010) s. 147.

⁴⁶ EU-kommisjonen (2013b) s. 140.

⁴⁷ Prop.5 LS (2019–2020) s. 21.

⁴⁸ Direktivets fortalepunkt 9.

⁴⁹ Friedman, Landes og Posner (1991) s. 66 flg.

⁵⁰ Menell (2000) s. 151.

⁵¹ Chally (2004) s. 1296.

vurderer som verdt å beskytte. Gjennom et krav om beskyttelsestiltak kan en altså forhindre et søksmål der saksøkeren ikke har stort annet å beklage seg over enn at saksøkte har gitt ham merkbar konkurranse.⁵²

For det andre gir beskyttelsestiltak beskjed til de som får tilgang til innehavers opplysninger at de skal behandles konfidensielt (*varselfunksjonen*)⁵³. Varselfunksjonen har en sentral betydning for inngrepsvurderingen i forretningshemmelighetslovens §§ 3 og 4. Det er for innehavers del langt enklere å bevise inngrepshandlingen om beskyttelsestiltakene er utformet på en slik måte at inngriper må ta i bruk uetiske, upassende eller ulovlige midler for å få tilgang, utnytte eller videreformidle de beskyttede opplysninger.⁵⁴ Dette gjelder likevel først og fremst for inngrep som består i ulovlig tilegnelse etter § 3 første ledd og annet ledd bokstav a, snarere enn når det angivelige inngrepet gjelder bruk av betrodd informasjon etter § 3 annet ledd bokstav b.

Beskyttelsestiltak er med det å betrakte som *viktige bevismidler* i de saker som kommer for domstolene. Dessuten kan en oppnå prosessøkonomiske besparelser ved at *antallet* rettsvister begrenses. Beskyttelsestiltak som begrensingskriterium fungerer slik at saker først bringes inn for domstolene der innehaver allerede har forsøkt å hindre inngrep, gjennom å treffe det han selv måtte anse å være «rimelige» beskyttelsestiltak. Den antatte filtreringsfunksjonen tillegges nok likevel større betydning i teorien enn den har i det praktiske rettsliv; i dag behandles svært få saker om forretningshemmeligheter i domstolene, vanligvis under fem i året, og forarbeidene til den nye loven antar at en eventuell økning for fremtiden vil være marginal.⁵⁵ Videre kan en argumentere for at antallet faktiske inngrep går ned som følge av at innehavers beskyttelsestiltak gjør det mindre lønnsomt å gjøre inngrep i den godt beskyttede hemmeligheten.

Endelig har enkelte i rettsteorien hevdet at beskyttelse av forretningshemmeligheter bedre lar seg begrunne i *rettferds- og rimelighetsbetraktninger* enn ut fra retts- og prosessøkonomiske hensyn.⁵⁶ Forretningshemmelighetsvernet utpekes som et rettsområde hvor «‘basic moral feelings’ of intellectual property come into play».⁵⁷ Hvis innehaver har brukt ressurser på samfunnsnyttig innovasjon, og inngriper har skaffet seg tilgang til dette ved bruk av uredelige midler, tilsier mer alminnelige rettsferdsbetraktninger at innehaveren bør vernes uavhengig av

⁵² Irgens-Jensen (2010) s. 242.

⁵³ Sandeen (2018) s. 46.

⁵⁴ Slaby, Chapman og O’Hara (1989) s. 325.

⁵⁵ Prop.5 LS (2019–2020) s. 118.

⁵⁶ Menell (2000) s. 151.

⁵⁷ Silva (2014) s. 923.

hvilke beskyttelsestiltak som er iverksatt. Argumentet er da at kravet til beskyttelsestiltak klart nok bør ta hensyn til sakens konkrete rimelighet.

Samtidig kan en ut fra retts- og prosessøkonomiske betraktninger argumentere for at kravet til beskyttelsestiltak oppfordrer til en *kollektiv dugnad* for å redusere antallet inngrepssaker. Om dugnaden gir seg urimelige enkeltutslag er da sideordnet kravets hovedmål. Denne måten å betrakte kravet til beskyttelsestiltak på ligner på det tradisjonelle erstatningsrettslige medvirkningsansvar. Innehavers vern vil på lik linje som skadelidtes vern nedsettes eller bortfalle helt dersom han aktivt eller passivt har medvirket til et tap på egen hånd.⁵⁸

Det riktige er nok at kravet til beskyttelsestiltak må vurderes etter flere perspektiver.⁵⁹ Fastleggningen av kravets innhold bygger i så måte på en finjustert avveining av en rekke hensyn. Legges et for strengt krav til grunn risikerer en at uforholdsmessig store ressurser går med til å beskytte innehavers forretningshemmelighet. Det vil igjen føre til at innovasjon, forskning og informasjonsutveksling blir mindre lønnsomt for innehaver. Et strengt krav vil dessuten åpne for at potensielle inngripere kan utnytte vernets svakheter. Slik sett skapes et «free ride»-problem der andre aktører utnytter innehavers forretningshemmeligheter fremfor å utvikle sine egne. Dette svekker innehavers insentiv til å frembringe verdifull kunnskap for fremtiden. Ved et for lempelig krav risikerer en derimot at tvistesaker, med tilhørende sakskostnader, bringes inn for domstolene i tilfeller der inngrepet med relativt enkle beskyttelsestiltak kunne vært forhindret. Det harmonerer dårlig med hensynet til samfunnsøkonomisk effektiv ressursutnyttelse. I slike tilfeller kan en dessuten argumentere for at vernet strekker seg lenger enn det innehavers beskyttelsesverdige interesser gjør.

De legislative hensyn og betraktninger som her er beskrevet inngår i den nærmere fastlegging av innholdet i kravet til beskyttelsestiltak.

3 En kartlegging av gjeldende rett

Som nevnt antar lovgiver at forretningshemmelighetsloven § 2 første ledd bokstav c vil medføre en «forsiktig skjerpning» av kravet til beskyttelsestiltak etter gjeldende rett.⁶⁰ Jeg har derfor funnet det hensiktsmessig å kartlegge den någjeldende rettstilstanden under markedsføringsloven § 28 og straffeloven § 207, for på den måten å tegne opp et sammenligningsgrunnlag for min videre analyse. Kartleggingen begrenses til det som etter mitt syn er nødvendig for en videre diskusjon av hvilke materielle endringer forretningshemmelighetsloven medfører.

⁵⁸ Silva (2014) s. 931. Om skadelidtes medvirkning se Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 462.

⁵⁹ Se Kolstad (2009) pkt. 5.

⁶⁰ Prop.5 LS (2019–2020) s. 26.

Etter gjeldende rett kan det utledes tre vilkår for å betegne opplysninger som en forretningshemmelighet. Vilkårene er opprinnelige hentet fra NUT 1966: 2 s. 48, og følger nå av fast rettspraksis.⁶¹ Opplysningene må være hemmelige, ha en kommersiell verdi for innehaveren og dessuten være underlagt et visst nivå av fortrolighet *eller* beskyttelse.

Bedømmelsen av sistnevnte - om opplysningene er underlagt et visst nivå av fortrolighet eller beskyttelse - beror på en skjønnsmessig vurdering av sakens konkrete omstendigheter.⁶² Nærmere bestemt knytter vurderingen seg til relasjonen mellom innehaver og inngriper. Bedømmelsens springende punkt er om innehaveren «uttrykkelig har markert kravet på hemmelighold eller at dette ligger klart i selve situasjonen».⁶³ *Irgens-Jensen* konstaterer at «[s]å lenge informasjonen ikke er kjent eller lett tilgjengelig for bransjen, (...) synes kravet om «beskyttelsestiltak» i tillegg egentlig ikke å være noe mer enn et krav om at inngriperen av informasjonen må bringes ut av en eventuell aktsom god tro om at de kan utnytte informasjonen».⁶⁴ Dette henger sammen med at vern betinges av at inngriper «rettstridig»⁶⁵ har utnyttet innehavers forretningshemmelighet. Om innehaver da for øvrig har truffet beskyttelsestiltak er sideordnet den konkrete vurderingen av inngriperens gode eller onde tro.

Ut fra denne standarden kan vern oppnås så lenge innehaveren beviser inngriperens onde tro. Som et eksempel konstaterte Høyesterett i Rt-2003-825 (Kvaerner) brudd på dagjeldende straffelov § 405a uten at innehaver hadde iverksatt beskyttelsestiltak, idet tiltalte B «forstod (...) at den aktuelle e-posten var en feilsending», og at han i likhet med tiltalte A var «klar over vedleggets sensitive innhold».⁶⁶ I Rt-2007-1841 (SAS) fant Høyesterett, ved vurderingen av kravet til beskyttelsestiltak etter dagjeldende straffelov § 294 første ledd nr. 3, at lagmannsretten hadde bygget på riktig rettsanvendelse når den la avgjørende vekt på at «de som opptrådte på vegne av Braathens, forsto at tilgangen ble gitt for at Braathens kunne utføre sine tjenester på en tilfreds[s]tillende måte». I Rt-1997-199 (Cirrus) tok Høyesterett, ved spørsmål om overtredelse av tidligere markedsføringsloven § 7, særlig hensyn til at innehaver hadde «gjort det klart at det dreide seg om hemmeligheter gjennom stemplingen av tegningene», og at inngriper «må ha vært innforstått med dette».⁶⁷

⁶¹ Se til eksempel Rt-2007-1841.

⁶² Ot.prp.nr. 57 (1971-1972) s. 24, jf. NUT 1966: 2 s. 48. Se også Lunde og Michaelsen (2019) s. 335.

⁶³ Ot.prp. nr. 57 (1971-72) s. 24. Tilsvarende vurderingstema har vært lagt til grunn for straffeloven 1902 § 294 første ledd nr. 3, jf. Rt-2007-1841 (SAS) (22).

⁶⁴ *Irgens-Jensen* (2010) s. 242 med videre henvisninger.

⁶⁵ Markedsføringsloven § 28 og straffeloven § 208.

⁶⁶ Rt-2003-825 (Kvaerner) (20).

⁶⁷ Rt-1997-199 (Cirrus) s. 223.

I praksis synes domstolene altså å la bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak bero på om innehaveren har truffet tilstrekkelige tiltak for å frata inngriperen hans aktsomme gode tro om at forretningshemmeligheten fritt kan tilegnes, utnyttes eller formidles. På denne bakgrunn kan det problematiseres om kravet til beskyttelsestiltak etter gjeldende rett egentlig utgjør et selvstendig vilkår for vern, eller om kravet i praksis heller inngår som en del av rettstridsvurderingen. Slik rettstilstanden her er presentert, vil innehavers tiltak i utgangspunktet ikke oppfylle noen annen funksjon enn som bevismiddel for at mottaker forstod at informasjonen var av konfidensiell karakter.

Selvstendig vilkår eller ikke; poenget må uansett være at domstolene vurderer kravet til beskyttelsestiltak ut fra *inngriperes ståsted*. Bedømmelsen beror på om innehaver kan bevise inngriperes onde tro, heller enn om innehaver kan bevise å ha iverksatt tilstrekkelig beskyttende tiltak. Konsekvensen er at det etter dagens rettstilstand antagelig ikke gjelder noen generell plikt for innehaver til aktivt å iverksette beskyttelsestiltak overfor inngriper. Vern kan oppnås såfremt omstendighetene tilsier at inngriper måtte forstå at informasjonen var underlagt et visst nivå av fortrolighet, slik som i Rt-2007-1841 (SAS) der Høyesterett fant at et krav om hemmelighold fulgte av «selve situasjonen».

I det følgende skal jeg undersøke om de utgangspunkter som her er skissert, står seg også etter forretningshemmelighetslovens ikrafttredelse.

4 Innehaver må ha truffet tiltak

4.1 Innføring av en aktivitetsplikt

Et av de mange tolkningsproblemer som vedtakelsen av forretningshemmelighetsloven reiser, er om loven etter sin ordlyd innfører en aktivitetsplikt for innehaver. Det vil i så fall innebære at innehaver aktivt må ha truffet beskyttende tiltak for å oppnå vern etter loven, til forskjell fra gjeldende rett hvor forutsetningen om hemmelighold kan følge av omstendighetene for øvrig.

En naturlig forståelse av ordlyden «har truffet» tilsier at innehaver må ha utvist en form for aktivitet i forbindelse med beskyttelsen av sine forretningshemmeligheter. Tilsvarende kan utledes av direktivets ordlyd «has been subject to».⁶⁸ Her er det imidlertid interessant å merke at lovgiver, på den tid da TRIPS-avtalen skulle implementeres i norsk rett, ikke fant det nødvendig å endre dagjeldende § 7 i markedsføringsloven. Begrunnelsen var at ordlyden «has

⁶⁸ Direktivet artikkel 2 (1) c).

been subject to reasonable steps» allerede var innbefattet av markedsføringslovens regler om bedriftshemmeligheter.⁶⁹

Denne oppfatningen synes ikke lenger å være opprettholdt av lovgiver, da det i proposisjonen til den nye loven antas at ordlyden «må forstås slik at det generelt vil kreves mer enn i den nevnte avgjørelsen [Rt-2007-1841 (SAS)] og at direktivet på dette punktet kan sies å innebære en forsiktig skjerping av kravene til innehaverens aktivitet sammenlignet med gjeldende rett». ⁷⁰ I høringsnotatet, inntatt i proposisjonen, forutsettes det dessuten at «innehaveren av forretningshemmeligheten aktivt har foretatt seg noe for å beskytte opplysningene». ⁷¹ Innehaver vil altså i en normalsituasjon ikke lenger kunne forsvare manglende tiltak med henvisning til at omstendighetene for øvrig tilsa hemmelighold.

Denne forflytningen fra inngripers til innehavers ståsted utfordrer norsk rettslitteraturs oppfatning av ond tro-vurderingen som legislativt velbegrunnet. ⁷² Ond tro-vurderingen har antakelig vært forankret i særlig to hensyn; hensynet til tilliten mellom næringsdrivende, derunder ønsket om å unngå ren snylting på konkurrentenes innsats; og hensynet til verneverdigheten av innehavers innsats ved utviklingen av de konfidensielle opplysninger saken gjelder.

I forlengelsen av dette kan en spørre hvilket rasjonale som ligger bak innføringen av en aktivitetsplikt for innehaver. Lovens ordlyd er en direkte oversettelse av direktivets, valgt for sikre en korrekt direktivgjennomføring. ⁷³ I mangel av øvrig begrunnelse for innføringen av en aktivitetsplikt, både i lovens og direktivets forarbeider, kan det være grunn til å spørre om rettsendringen i så måte ikke er mer enn en tilfeldig følge av EU-Kommisjonens valg av ordlyd.

Begrunnelsen bak å flytte bedømmelsen fra inngripers til innehavers ståsted, har nok langt på vei vært at innehavers beskyttelsestiltak gir en god indikasjon på hvilke beskyttelsesverdige interesser han har i saken, mens inngripers interesser eller klanderverdige opptreden uansett hensyntas i inngrepsvurderingen etter forretningshemmelighetsloven §§ 3 og 4. Et rasjonale kan for øvrig bygges på de retts- og prosessøkonomiske betraktninger som er beskrevet i punkt 2. Gjennom innføringen av en aktivitetsplikt kan en blant annet få bukt med eventuelle utfordringer med underinvestering i beskyttende tiltak – kravet til beskyttelsestiltak flyttes nærmere det rettsøkonomiske *optimale* beskyttelsesnivå for hvert konkrete tilfelle.

Det gir samtidig liten mening å kreve aktive tiltak dersom innehaver på annen måte kan bevise at opplysningene har kommersiell verdi og at inngriperens handlinger er «urettmessige»

⁶⁹ Ot.prp.nr.73 (1995-1996) s. 10. Se også Prop. 5 LS (2019-2020) s. 24.

⁷⁰ Prop.5 LS (2019-2020) s. 26. Se også Prop. 2017/18:200 s. 31 og 138[Sverige] og Domeij (2018) s. 545.

⁷¹ Prop.5 LS (2019-2020) s. 21.

⁷² Irgens-Jensen (2010) s. 242, Istad (2008) s. 110.

⁷³ Prop.5 LS (2019-2020) s. 24.

eller «i strid med god forretningsskikk».⁷⁴ En kan dermed si at mens gjeldende rett medfører risiko for underinvestering i beskyttelsestiltak, bærer den nye loven i seg en risiko for overinvesteringer.

Derfor kan det også være grunn til å spørre om loven egentlig innfører en plikt for innehaver til faktisk å treffe tiltak, eller om hensikten heller har vært å ilegge innehaver en plikt til å *overveie* om tiltak er nødvendig. I sistnevnte fall unngår en at innehaver overinvesterer i beskyttende tiltak, idet han da kan ta en vurdering av om tiltak er nødvendig når et visst nivå av fortrolighet uansett kan utledes av sakens omstendigheter. Selv om tolkningen kan ha gode grunner for seg, er det usikkert om den har tilstrekkelig rettskildemessig belegg slik forretningshemmelighetsloven og dens forarbeider i dag er formulert.

Lovgiver har uansett tatt høyde for slike utfordringer ved at det i proposisjonen til forretningshemmelighetsloven fremgår at aktivitetsplikten ikke er mer enn et «utgangspunkt».⁷⁵ Aktivitetsplikten synes derfor ikke å være absolutt. Hvorvidt man da skal operere med en hovedregel om aktive tiltak, med mulighet for å gjøre unntak, eller om man formulerer det som en plikt til å overveie om tiltak i det hele tatt er nødvendig, vil da være et spørsmål av hovedsakelig teoretisk karakter. Utfordringen med overinvestering hensyntas ved at det i enkelte tilfeller åpnes for å etablere vern på grunnlag av underforståtte krav om hemmelighet.⁷⁶ Dette behandles nærmere i punkt 7.2.

4.2 Tidsaspektet – når må tiltak foreligge?

Et annet tolkningsspørsmål som vedtakelsen av forretningshemmelighetsloven reiser, er *når* et tiltak må foreligge for at innehaver skal ha vern etter loven.

Bruken av fortidsformen «har truffet» utelukker antakelig at vern kan etableres på grunnlag av planlagte tiltak. Tilsvarende kreves det i direktivet at forretningshemmeligheten «has been subject to reasonable steps». Det er imidlertid ikke gitt at vern kan utelukkes i tilfeller der tiltak har vært truffet, men hvor tiltakene ikke tar til å *fungere som de skal* før inngrepet finner sted. Forutsetningen må i så fall være at innehaver ikke kan lastes for tiltakenes manglende effektivitet. Slike tilfeller behandles nedenfor under punkt 5.3.

Et annet spørsmål er om innehavers beskyttelsestiltak må foreligge på *inngrepstidspunktet*, eller om det er tilstrekkelig at det tidligere har vært truffet tiltak. Fortidsformen i lovens ordlyd utelukker ikke at vern kan etableres på bakgrunn av tidligere, ikke lenger eksisterende,

⁷⁴ Forretningshemmelighetsloven §§ 3 og 4.

⁷⁵ Prop.5 LS (2019–2020) s. 26.

⁷⁶ Prop.5 LS (2019–2020) s. 23 og 26.

beskyttelsestiltak. Det er imidlertid gode grunner for ikke å legge en slik tolkning til grunn. En kan tenke seg at innehaver for en tid tilbake hadde på plass interne rutiner for hemmelighold av forretningshemmeligheter. De ansatte var velinformert om rutinene og innrettet seg etter dem. Med tiden ble imidlertid rutinene tilsidesatt, og på tidspunktet for inngrep var det ikke lenger noen som overholdt krav til stempling, makulering, innlåsing og lignende. Skulle innehaver nyte vern på grunnlag av slike fortidige tiltak, ville tiltakene miste sin funksjon som bevismiddel for at innehaver på inngrepstidspunktet verdsatte informasjonen som en forretningshemmelighet. Ligger innehavers forretningshemmeligheter ubeskyttet på inngrepstidspunktet vil dessuten inngriperens tilegnelse, utnyttelse eller formidling sjeldent være å regne som rettstridig.⁷⁷ Spørsmålet om tiltak vil da i praksis ikke bli aktuelt.

En slik tolkning ville i det hele tatt undergrave de mange hensyn som er beskrevet i punkt 2. Det må derfor etter mitt syn være klart at innehavers beskyttelsestiltak må foreligge *på* tidspunktet for inngrep, slik at også fortidige beskyttelsestiltak som utgangspunkt faller utenfor bedømmelsen etter § 2 første ledd bokstav c. Vern kan samtidig ikke utelukkes i tilfeller der det viser seg at tiltakene *ikke lenger* fyller sin funksjon som beskyttelse, men hvor innehaver ikke er eller burde vært klar over dette. Spørsmålet behandles nærmere i punkt 5.3.

5 Når er tiltakene «rimelige»?

5.1 Om uttrykket «rimelige tiltak»

Forretningshemmelighetsloven § 2 første ledd bokstav c krever at innehaver har truffet «rimelige tiltak» for beskyttelse av sine hemmeligheter. Direktivet krever på sin side at forretningshemmeligheten har vært underlagt «reasonable steps under the circumstances [...] to keep it secret».⁷⁸ Uttrykket «reasonable» kan på norsk oversettes til rimelige eller alternativt fornuftige tiltak. Hvorvidt forutsetningen om fornuftige tiltak kan tenkes å gi en ytterligere dimensjon til kravet til beskyttelsestiltak vurderes nærmere i punkt 7.4. Selv om den norske lovgiver valgte å stryke den delen av direktivets ordlyd som understreker at rimeligheten må fastlegges «under the circumstances», er det antakelig ikke tvilsomt at man også etter norsk rett har hatt til hensikt å vurdere tiltakene etter en objektiv standard. Bedømmelsen gjøres ut fra sakens konkrete omstendigheter, og det vil altså som utgangspunkt ikke avhjelpe en eventuell mangelfull beskyttelse at innehaver selv mener tiltakene er rimelige.

Begrepet «rimelige tiltak» er et løselig angitt kriterium som etter sin ordlyd åpner for stor grad av skjønnsutøvelse. Bestemmelsen har i så måte karakter av å være en rettslig standard. Retts-

⁷⁷ Forretningshemmelighetsloven §§ 3 og 4.

⁷⁸ Direktivet artikkel 2 (1) c).

lige standarder kjennetegnes ved at de sikrer en viss fleksibilitet i rettsanvendelsen, slik at endringer i samfunnslivet og i alminnelige rettsoppfatninger fanges opp uten at nye lovbestemmelser må vedtas.⁷⁹ En slik fleksibilitet er særlig viktig for reguleringer av forretningshemmelighetsvernet, som preges av en stadig globalisering og økt bruk av informasjons- og kommunikasjonsteknologi.⁸⁰

Videre kan det fra ordlyden «rimelig» utledes et krav om forholdsmessighet. Hvilke forhold tiltaket skal vurderes opp imot behandles i punkt 6.

De lege ferenda kan en spørre om begrepet «rimelige tiltak» egner seg som kriterium for bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak. På den ene siden harmonerer bruken av en rettslig standard godt med idéen om at rettsanvendelsens mål *i seg selv* er å oppnå mest mulig rimelige løsninger. Avgjørelser fra formuerettens, og markedsrettens område, viser dessuten at domstolene i vesentlig grad evner å håndtere slike rettslige standarder, uten fare for rettighetssubjektets rettssikkerhet.⁸¹

På den annen side er konkrete retningslinjer for kravet til beskyttelsestiltak tilsynelatende allerede en mangelvare. Fastleggingen av kravets innhold vil antakelig forvanskes ytterligere ved innføringen av et nytt, relativisert og abstrakt begrep. Dermed vil loven kunne oppleves som utilgjengelig for nettopp de rettssubjekter den tar sikte på å verne om, og mangelen på forutberegnelighet kan i det lengste føre til et illusorisk vern. En kan tenke seg at det til slutt knyttes så stor usikkerhet rundt kravet til beskyttelsestiltak at den eneste måten for innehaver å sikre seg vern på er å treffe alle tiltak som tenkes kan. Vern etter loven er da ikke nødvendigvis lenger verdt kostnadene ved å etablere tilstrekkelige beskyttelsestiltak. Tilsvarende vil være tilfellet der usikkerheten ved hvilke beskyttelsestiltak som kreves hindrer at innehaver bringer en potensiell overtredelse av loven inn for domstolene. At lovens ordlyd åpner for vid skjønnsutøvelse øker dessuten faren for forskjellsbehandling og at dommerens subjektive oppfatning går på tvers av den allmenne rettsfølelse.

Denne oppgaven er et forsøk på å redusere de ovennevnte utfordringer ved uttrykket «rimelige tiltak». Målet er å stille opp retningslinjer og typetilfeller for den konkrete skjønnsutøvelsen, ved blant annet å kartlegge hvilken vurderingsnorm og hvilke vurderingsmomenter som skal legges til grunn for bedømmelsen av innehaver beskyttelsestiltak.

⁷⁹ Lunde og Michaelsen (2019) s. 193.

⁸⁰ Direktivets fortalepunkt 4.

⁸¹ Se til eksempel rettspraksis om kjøpsloven § 25 (1) og markedsføringsloven § 25.

Alternativt kan en for fremtiden oppstille minimumsbetingelser for innehavers beskyttelsestiltak - enten i lovs form eller gjennom en dynamisk utvikling i rettspraksis.⁸² Betingelsene kan gjøres generelle, eller de kan knyttes til konkrete typetilfeller slik jeg forsøker å gjøre i punkt 7. Forarbeidene til den tidligere svenske forretningshemmelighetsloven⁸³ oppstilte for eksempel som minimumsbetingelse at kretsen av mottakere var «begränsad, definierbar och sluten».⁸⁴ Lignende eller andre rettssetninger kan med tiden komme til å utvikles i norsk rettspraksis. Her er det samtidig verdt å merke at EU- eller EFTA-domstolen vil kunne sette slike minimumsbetingelser til side som ugyldige dersom de mangler rettslig forankring i direktivets ordlyd, fortale og formål.

5.2 Berettigede forventninger – innholdet av vurderingsnormen

5.2.1 Fastlegging av begrepet berettigede forventninger

I proposisjonen til forretningshemmelighetsloven fremgår det at innehaveren «ut fra de konkrete omstendighetene og de tiltakene som er foretatt [må] ha en berettiget forventning om at opplysningene forblir hemmelige».⁸⁵ Ut fra denne uttalelsen vil altså innehavers tiltak være «rimelige» dersom de har gitt ham berettigede forventninger om hemmelighold.

Spørsmålet som skal behandles nærmere i det følgende, er hva det vil si at innehaver må ha berettigede forventninger om hemmelighold. Begrepet, som er hentet fra direktivets fortale,⁸⁶ er ikke nærmere beskrevet i verken lovens eller direktivets forarbeider. Inntil avklarende praksis fra EU- og EFTA-domstolen foreligger, kan det derfor være hensiktsmessig å se hen til alminnelige rettsbetraktninger og andre rettsdisipliner for veiledning om begrepets nærmere innhold.

Fra en naturlig språkforståelse kan en utlede at en forventning er berettiget når den har en legitim og tilstrekkelig begrunnelse. En berettiget forventning kan for eksempel foreligge når innehaver gjennom tekniske beskyttelsestiltak har satt opp en ugjennomtrengelig brannmur, eller når innehavers fysiske tiltak i form av innlåsing av dokumenter og utlånssystemer gjør det praktisk umulig for ansatte å bringe med seg dokumenter og tegninger til konkurrenter. Vurderingsnormen henger sammen med at tiltakene skal bedømmes etter en objektiv standard; forventningen må kunne forankres i sakens omstendigheter eller i det minste i alminne-

⁸² For sistnevnte tilfelle se til eksempel Rt-1998-1510 (Ekte Hussopp).

⁸³ Lag (1990:409) om företagshemligheter.

⁸⁴ Prop. 1987/88:155 s. 13. Sverige er imidlertid også et eksempel på at slike minimumsbetingelser nå har blitt erstattet med et krav om «rimliga åtgärder».

⁸⁵ Prop.5 LS (2019–2020) s. 119.

⁸⁶ Prop.5 LS (2019–2020) s. 26 og 119, direktivets fortalepunkt 14.

lige rettferds- og rimelighetsbetraktninger, snarere enn i hva innehaver selv finner rimelig.⁸⁷ Sammenfattet kan en si at innehavers forventninger er berettigede dersom de er *velbegrunnede* og *forsvarlige* ut fra omstendighetene.⁸⁸

Rettsdogmatisk kan det spores flere likhetstrekk mellom begrepet berettigede forventninger og rettskildefaktoren reelle hensyn. Reelle hensyn defineres gjerne som «hensyn til resultatets godhet»⁸⁹. Godhet kan forstås enten i betydningen rettferd og rimelighet i det *konkrete resultat*, eller i betydningen formålstjenlig når det gjelder den *generelle rettsregelen* man skal komme frem til, derunder om regelen er innholdsmessig og retts teknisk god.⁹⁰ Ved å ta hensyn til resultatets godhet unngår man avgjørelser som enten er konkret urimelige eller som strider mot grunnleggende verdier og rettsoppfatninger i samfunnet. Denne rettslige tilnæringsmåten er, slik jeg ser det, i det vesentlige overensstemmende med vurderingen av en parts berettigede forventninger - innehavers forventninger er berettigede dersom beskyttelsestiltakene representerer en standard til etterfølgelse.⁹¹ Har innehaver for eksempel kryptert alle eksterne e-poster som inneholder konfidensiell informasjon, bør en kunne konstatere at kravet til beskyttelsestiltak er oppfylt, med den begrunnelse at kryptering er et effektivt og formålstjenlig tiltak som flere bør ta i bruk.

Noe veiledning kan en også utlede av rettspraksis. Gitt begrepets posisjon som nyvinning på rettsområdet, kan veiledning heller søkes i de mange formuerettslige avgjørelser som trekker veksler på en parts berettigede forventninger. Fra formueretten kan en utlede to sentrale retningslinjer for fastlegging av begrepets meningsinnhold. For det første må forventningen være rimelig.⁹² Dette henspiller tilbake på den eksisterende likheten mellom berettigede forventninger og reelle hensyn. Rimeligheten bør være både konkret og generell. I så måte gir ikke retningslinjen stort mer veiledning enn det som uansett følger av lovens ordlyd.

For det andre må enhver annen med *rimelig kunnskap og erfaring* på området kunne ha bygget på samme forventning.⁹³ Berettigede forventninger er riktignok ingen fast størrelse, slik at normens innhold vil kunne variere fra rettsområde til rettsområde. Idéen bak retningslinjene gjør de likevel etter min oppfatning egnet for bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak etter forretningshemmelighetsloven. Vi kan eksempelvis tenke oss at innehaver er en dagligvarekjede som oversender kampanjemateriell til sine mange dagligvarebutikker rundt om i

⁸⁷ Se oppgavens punkt 5.1. Se tilsvarende betraktninger om berettigede forventninger mer generelt i Woxholth (2017) s. 31.

⁸⁸ Bjørge og Førland (2016) s. 319.

⁸⁹ Høgberg og Sunde (2019) s. 354.

⁹⁰ Andenæs (2009) s. 55.

⁹¹ Se tilsvarende betraktninger i Bjørge og Førland (2016) s.

⁹² Bjørge og Førland (2016) s. 319.

⁹³ Bjørge og Førland (2016) s. 319.

landet. Kampanjematerialet sendes i god tid før kampanjestart, uten at et krav om hemmelighold fremmes eller andre beskyttende tiltak innføres. Årsaken er at virksomheten stoler på at sine ansatte holder tett om kampanjens innhold og oppstartsdato. Innehavers forventninger vil bare være berettigede dersom andre dagligvarekjeder, med tilsvarende struktur og firmakultur, også kan stole på at sine ansatte holder tett. I de aller fleste bransjer vil nok ikke dette være tilfelle, og innehaver har da mislyktes i å beskytte sine forretningshemmeligheter. Får konkurrenten kjennskap til reklamekampanjens innhold og oppstartsdato kan denne informasjonen mer eller mindre fritt utnyttes.

Fra dette kan en utlede at innehavers forventning om hemmelighold bare er berettiget dersom konkurrerende virksomheter går ut fra at beskyttelsestiltak av samme art og omfang er egnet til å beskytte egne forretningshemmeligheter mot inngrep. Beskyttelsestiltakene må slik sett bestå en slags *bonus pater familias-test* før de kan karakteriseres som «rimelige». Poenget må da være at innehavers forventninger først er berettigede dersom valget av beskyttelsestiltak bygger på *aktsomme overveielser* fra hans side.

5.2.2 Forholdet mellom generell og konkret berettigelse

Hvorvidt innehaver har truffet «rimelige» tiltak er altså i realiteten et spørsmål om innehaver har opptrådt aktsomt. Det gjenstår imidlertid å avklare om loven samtidig krever at innehaver har truffet aktsomme overveielser i *alle relasjoner* hvor hemmeligheten inngår. Dette betegnes i det følgende som et spørsmål om generell eller konkret berettigelse.

Spørsmålet om generell eller konkret berettigelse går i sin kjerne ut på om innehavers forventninger skal vurderes opp mot innehavers *beskyttelsesregime i sin helhet* – uavhengig av hvem inngriper er, eller mot de tiltak som hindrer inngrep fra den konkrete inngriper. En kan tenke seg at innehaver har interne rutiner og tiltak for bevaring av sine konfidensielle opplysninger på plass, men mer eller mindre ukritisk har oversendt forretningshemmeligheter til underleverandører eller andre forretningsforbindelser. Hvorvidt innehaver i slike tilfeller har vern overfor den ansattes inngrep, vil avhenge av om forretningshemmelighetsloven forutsetter generelt eller konkret berettigede forventninger.

Det er her et poeng å bemerke at konkret berettigelse i denne sammenheng har klare likhetstrekk med den ond tro-vurdering som legges til grunn etter gjeldende rett. Bedømmelsen beror i begge tilfeller utelukkende på hvilke tiltak innehaver har truffet overfor den konkrete inngriper. Som pekt på i punkt 4.1. er det imidlertid en prinsipiell forskjell i at gjeldende rett tar utgangspunkt i inngriperes ståsted, mens forretningshemmelighetsloven tar utgangspunkt i innehavers konkrete forhold.

Verken lovens eller direktivets ordlyd eller forarbeider gir et entydig svar på spørsmålet om generell og konkret berettigelse. Enkelte uttalelser i proposisjonen trekker imidlertid i retning

av et krav om generell berettigelse. For det første understrekes det at innehaver som et minimum må avstå fra selv å spre informasjonen.⁹⁴ Det omfatter klart nok aktivt spredning, men bør antakelig også omfatte passiv spredning i form av manglende beskyttelsestiltak. For det andre fremgår det at innehavers beskyttelsestiltak skal vurderes med utgangspunkt i «hvordan driften i virksomheten er innrettet og hvilke risikofaktorer det er naturlig å iverksette tiltak mot».⁹⁵ Dette omfatter forhold slik som størrelsen på virksomheten, dets normale praksis, antallet ansatte, forretningsområde og konkurransen på markedet, og indikerer klart nok et krav om generell berettigelse. For det tredje pekes det på at kravet til beskyttelsestiltak gjelder både internt i virksomheten og eksternt overfor blant annet forretningsforbindelser.⁹⁶ Dette kan i likhet med det ovennevnte tale for et krav om generell berettigelse, ettersom det ville gi liten mening å kreve både interne og eksterne tiltak dersom konkret berettigelse etter lovgivers syn var tilstrekkelig for å oppnå vern. På den annen side kan forarbeidsuttalelsene også tolkes dithen at en må vurdere henholdsvis interne og eksterne tiltak avhengig av om inngriperen er en ansatt eller en ekstern forretningsforbindelse.

Betinges vern etter loven av generell berettigelse vil inngrep i andres forretningshemmeligheter bli vanskeligere å utføre, og dermed også mindre lønnsomt. Slik kan en altså effektivt redusere antallet inngrep. Det ville dessuten virke i strid med den allmenne rettsfølelse om en innehaver totalt uten orden i sine interne beskyttelsessystemer skal nyte godt av lovens vern i relasjon til eksterne forbindelser og motsatt.

Utfordringen med et krav om generell berettigelse, er at det åpner for at inngriperer kan utnytte mangler ved innehavers beskyttelsesregime til sin fordel. En kan tenke seg at inngriper gjennom sine kontakter får kjennskap til at innehaver ikke har interne beskyttelsesrutiner på plass. Innehaver har for eksempel unnlatt å merke konfidensielle opplysninger, etablere tilgangskontroll eller tegne taushetserklæringer med sine ansatte. Dette kan inngriper utnytte ved å innlede til samarbeid med innehaver og på den måten få overlevert opplysninger til seg under en forutsetning om full konfidensialitet. Om forretningshemmelighetsloven da gir inngriper adgang til å utnytte informasjonen, grunnet manglende interne beskyttelsesrutiner hos innehaver, risikerer en å uthule lovens vern. Et krav om generell berettigelse lar seg da vanskelig forene med direktivets siktemål om å bidra til sunn konkurranse. Også ut fra hensynet til effektiv ressursutnyttelse vil det normalt være ønskelig at bedriftene selv utnytter bedriftsspesifikke planer, resultater og lignende, ettersom inngriperen må tilpasse denne informasjonen til egen virksomhet før den får samme kommersielle verdi. Tilpasningen er i seg selv et samfunnsøkonomisk ressurstap.

⁹⁴ Prop.5 LS (2019–2020) s. 119. Se også Prop. 2017/18:200 s. 139[Sverige].

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid s. 26.

Dette argumentet mister imidlertid noe av sin vekt når en tar i betraktning at inngriper fremdeles hefter på avtalerettslig grunnlag for et eventuelt inngrep. Dette vil for mange utgjøre et vel så stort hinder for inngrep som forretningshemmelighetslovens sanksjons- og håndhevingsmidler. Videre kan det innvendes at dersom inngriperen ved enkle grep uansett kunne fått tilgang til informasjonen fra annet hold, grunnet hull i innehavers beskyttelsesregime, så bør det ha liten betydning om innehaver i relasjon til den konkrete inngriper hadde iverksatt tilstrekkelige tiltak. Som eksempel kan en tenke seg at innehaver overfor sine ansatte har gode beskyttelsesrutiner på plass. Samtidig har innehaver oversendt en rekke konfidensielle opplysninger til en potensiell samarbeidspartner uten å markere et krav om hemmelighold. En av de ansatte bryter de interne beskyttelsesrutinene, og bringer med seg de respektive opplysningene til innehavers potensielle samarbeidspartner, med den hensikt er å starte en konkurrerende virksomhet. I slike tilfeller gir det liten mening skille mellom interne og eksterne tiltak, ettersom forretningshemmeligheten ville kommet den konkurrerende virksomheten i hende helt uavhengig av hva den ansatte brakte med seg. Innehaver bør, slik jeg ser det, ikke nyte vern under slike omstendigheter. En helt annen sak er at den ansatte her kan holdes ansvarlig på grunnlag av den alminnelige lojalitets- og taushetsplikt i ansettelsesforhold.⁹⁷ Innehaver står altså ikke helt uten beskyttelse i slike tilfeller.

Det riktige utgangspunkt må da etter min mening være et krav om generell berettigelse. Berettigede forventninger foreligger i så fall bare der innehavers valg av beskyttelsestiltak bygger på aktsomme overveielser i alle relasjoner hvor hemmeligheten inngår. Alternativt kan man se på det som et krav om både generell og konkret berettigelse, i den forstand at det kreves et minimum av generell beskyttelse, for å kunne oppnå en konkret berettigelse om hemmelighold. Kanskje er det også nettopp en slik løsning forarbeidene tar sikte på ved å vise til sakens konkrete omstendigheter, driften i virksomheten og tilhørende risikofaktorer. Legger en min tolkning til grunn vil det innebære en ikke ubetydelig skjerping av gjeldende rett.

5.3 Plassering av risikoen for tiltakenes effektivitet

En annen problemstilling i relasjon til kravet om beskyttelsestiltak er om innehaver skal bære risikoen for beskyttelsestiltakenes effektivitet.

Problemstillingen fordrer noen innledende avklaringer. For det første kan det bemerkes at risikoen for tiltakenes effektivitet i denne sammenheng ikke er det samme som spørsmålet om tiltakene faktisk hindrer inngrep. Loven krever klart nok «rimelige», ikke «tilstrekkelige» tiltak. For det andre bærer innehaver som utgangspunkt risikoen for tiltak han forstod eller burde forstått at var uegnet til å hindre inngrep. Dette følger av min konklusjon i punkt 5.2.

⁹⁷ Fougner (2019) s. 786.

Skal innehaver likevel ha vern i slike tilfeller, må det etableres på grunnlag av et underforstått krav om hemmelighold. Dette behandles nærmere i oppgavens punkt 7.2.

Spørsmålet om plassering av risikoen for tiltakenes effektivitet knytter seg her utelukkende til de tilfeller der innehaver grunnet *utenforliggende omstendigheter* har en feilaktig antakelse om at tiltakene faktisk *evner* å hindre inngrep, og innehaver etter omstendighetene ikke hadde grunn til å betvile dette. Som eksempel kan en se for seg at innehaver tar i bruk et software-program som angivelig sikrer effektiv beskyttelse mot cyber-angrep. Etter at et inngrep har funnet sted viser det seg imidlertid at software-programmet ikke holdt den standard som lovet av softwareutvikleren. Innehaver har i dette tilfellet klart nok demonstrert en vilje til hemmelighold, men tiltaket er likefremt uegnet som beskyttelse mot inngrep. I slike tilfeller vil plasseringen av risikoen for tiltakenes effektivitet bli utslagsgivende for om innehaveren har vern for sine forretningshemmeligheter.

Når risikoen skal plasseres, står valget mellom sakens to parter – innehaver eller inngriper. Problemstillingen er på et vis beslektet med kontraktsrettens regler om risikoplassering, som i vesentlig grad bygger på et prinsipp om at den av partene som har hatt størst mulighet til å forutse eller avverge en risikofaktor, bør bære ulempene dersom risikoen materialiserer seg.⁹⁸ Dette omtales gjerne som innflytelsesprinsippet. Overført til spørsmålet om plassering av risikoen mellom innehaver og inngriper, blir vurderingen etter dette om innehaver står nærmest til å forsikre seg om tiltakenes effektivitet, eller om inngriper står nærmest til å forstå at tiltakene var ment å ha en annen effektivitet enn de viste seg å ha.

Ordlyden «rimelige tiltak» eller «reasonable steps» gir liten veiledning for spørsmålet om risikoplassering. At tiltakene skal være «rimelige» eller «reasonable», kan enten bety rimelige i den forstand at innehaver har handlet aktsomt ut fra forholdene slik han kjenner dem, eller det kan bety et objektivt krav til aktsomhet ut fra sakens faktiske omstendigheter. Forarbeidene henvisning til begrepet berettigede forventninger indikerer at innehavers subjektive oppfatning er av betydning for bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak.⁹⁹ Forventningene må riktignok være legitimt og tilstrekkelig forankret, men det er ikke dermed sagt at de behøver å samsvare med virkeligheten.

Enkelte uttalelser i forarbeidene bidrar til å skape ytterligere usikkerhet på dette punkt. I høringsnotatet fremgår det at innehaver har «ansvar for å iverksette tilstrekkelige tiltak for å hindre spredning».¹⁰⁰ Dette indikerer at innehaver må bære risikoen for tiltakenes effektivitet. Videre i samme avsnitt heter det at tiltakene skal «underbygge innehaverens forventning om

⁹⁸ Hallsteinsen (2017) s. 118.

⁹⁹ Prop.5 LS (2019–2020) s. 119.

¹⁰⁰ Ibid s. 23.

hemmelighold». Det trekker motsetningsvis i retning av at det avgjørende er om beskyttelses-tiltakene gjenspeiler en forventning om hemmelighold. Nasjonale fortolkninger ellers i Europa viser utslag av den samme tvetydigheten.¹⁰¹ En kan spørre om dette er en problemstilling lovgiver i det hele tatt har tatt i betraktning ved vedtakelsen av forretningshemmelighetsloven.

Uklarheten rundt plassering av risiko avhjelpest av rettstridreservasjonen i lovens §§ 3 og 4. Om tiltakene etter omstendighetene viser seg å være ineffektive, skal det mer til før inngriper kan sies å ha handlet «urettmessige» eller «i strid med god forretningsskikk». Det gjelder særlig der tiltakene viser seg å være fullstendig uegnet, slik at forretningshemmeligheten ligger lett tilgjengelig for utenforstående. En kan tenke seg at innehaver engasjerer noen til å ta seg av makulering av interne dokumenter. Om dokumentene da kastes i en vanlig papirkontainer i stedet for å makuleres, kan innehavers konkurrenter som utgangspunkt ikke hindres fra å utnytte denne «heldige» situasjonen.

På den annen side vil det nok oppstå en rekke grensetilfeller der tiltakene delvis beskytter forretningshemmelighetene, men ikke like godt som innehaver har forventet. Det ovennevnte brannmur-eksempelet kan brukes som illustrasjon. I slike tilfeller vil en inngriper kunne hevdes å ha opptrådt i strid med god forretningsskikk ved å angripe innehavers brannmur. At brannmuren viser seg å være mindre vanskelig å bryte enn opprinnelig antatt, endrer ikke nødvendigvis på dette.

I slike tilfeller er det etter mitt syn gode grunner for å plassere risikoen hos inngriper.¹⁰² Pålegges innehaver å bære risikoen for tiltakenes effektivitet, åpner det for fri utnyttelse av innehavers aktsomme uvitenhet. Den ytterste konsekvens er at innehaver fratras enhver mulighet for å forutse egen rettsstilling. Ut fra et rettsøkonomisk standpunkt er det dessuten lite ønskelig at innehaver pålegges å bruke betydelige ressurser på å *forsikre seg* om at beskyttelsen rent faktisk er egnet. Det er i det hele tatt vanskelig å se hvilke argumenter som skulle tale for å plassere risikoen hos innehaver, så lenge inngriperens interesser hensyntas ved inngrepsvurderingen i §§ 3 og 4.

Skulle domstolen støte på problemstillingen, er det imidlertid ikke sikkert at spørsmålet om risikoplassering vil bli spissformulert slik jeg har gjort her. Antakelig vil domstolen finne en mer pragmatisk løsning på spørsmålet, enten ved å vise til kravet til «rimelige» tiltak mer generelt, eller ved å la saken avgjøres på grunnlag av inngrepsvurderingen i §§ 3 og 4. Skulle spørsmålet likevel komme på spissen, bør domstolene etter min oppfatning plassere risikoen for tiltakenes effektivitet hos inngriper.

¹⁰¹ Se til eksempel Prop. 2017/18:200 s. 138[Sverige] og BT-Drs 19/4724 s. 22[Tyskland],

¹⁰² Samme oppfatning kan forutsetningsvis utledes av Domeij (2016) s. 107.

5.4 Oppsummering

Ut fra et rettsdogmatisk standpunkt kan det problematiseres om forflytningen fra en ond trovurdering til en vurdering av om innehavers tiltak var «rimelige» og hans forventninger om hemmelighold berettigede representerer en *de facto* rettsendring.

Domstolspraksis fra de siste fire tiår viser at spørsmålet om beskyttelsestiltak sjeldent kommer på spissen; dersom inngriperes urettmessige utnyttelse uansett ikke lar seg bevise, vil domstolene normalt ikke finne noen grunn til å gå inn på en selvstendig vurdering av innehavers beskyttelsestiltak. Videre viser rettspraksis at innehavere i nesten alle tilfeller har truffet rettslige eller faktiske tiltak for å beskytte sine forretningshemmeligheter.¹⁰³ Innføringen av en aktivitetsplikt samt forflytningen fra inngriperes til innehavers ståsted, vil da ikke nødvendigvis gi de helt store utslagene i praksis.

Rettsendringens betydning *i den enkelte sak* må likevel ikke undervurderes ut fra spådommer om hvor mange saker vi i fremtiden vil få på dette punkt. Det ligger vitterlig en *de facto* rettsendring i at vern ikke lenger kan etableres ved utelukkende å fremlegge bevis for inngriperes onde tro. Basert på min ovenstående analyse, vil vern først kunne etableres der innehaver har truffet aktsomme overveielser for beskyttelse av sin forretningshemmelighet i alle relasjoner hvor hemmeligheten inngår. At innehaver er pålagt en aktivitetsplikt innebærer at innehavers aktsomme overveielser som et utgangspunkt må resultere i tiltak. Det betyr i realiteten at innehaver må ha et fullstendig beskyttelsesregime på plass for å nyte vern etter loven. Unntak fra aktivitetsplikten kan likevel tenkes dersom omstendighetene for øvrig gjør det aktsomt å overlevere opplysninger til mottaker uten andre tiltak på plass. Slike tilfeller behandles nærmere i punkt 7.2. Dersom innehaver har utvist den nødvendige aktsomhet ved valg av beskyttelsestiltak, skal han tilgjengjeld ikke bære noen ytterligere risiko for tiltakenes effektivitet.

Slik jeg ser det, innebærer derfor endringen fra ond tro til «rimelige tiltak» en *de facto* endring av gjeldende rett. Det er dessuten mulig at vedtakelsen av forretningshemmelighetslovens legaldefinisjon i seg selv vil føre til at domstolene, i større grad enn tidligere, ser seg forpliktet til å vurdere spørsmålet om beskyttelsestiltak adskilt fra inngrepsspørsmålet.

¹⁰³ Av mitt utvalg på 60 avgjørelser var det kun fire tilfeller hvor innehaver unnlot å iverksette tiltak mot den konkrete inngriper: Rt-2007-1841 (se lagmannsrettens avgjørelse i samme sak LB-2006-150210), LB-2017-131841, TSTRO-2013-35317 og LH-2008-41641. Kun i Rt-2007-1841 og TSTRO-2013-35317 fikk opplysningene vern som forretningshemmelighet.

6 Vurderingsmomenter ved bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak

6.1 Noen innledende presiseringer

At tiltakene skal være «rimelige» vil bety at alle omstendigheter i prinsippet kan få betydning for bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak. Spørsmålet som skal behandles i denne delen av oppgaven er hvilke omstendigheter bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak *særlig* bør se hen til. Verken forarbeider, tidligere underrettspraksis eller norsk rettslitteratur oppstiller noen oversikt over hvilke vurderingsmomenter som er særlig relevante for bedømmelsen. Når jeg i det følgende har forsøkt å angi en slik ikke-uttømmende liste, er denne derfor utledet av et bredt kildeomfang. Momenter er hentet fra både norske og utenlandske rettskilder.

6.2 Forhold ved hemmeligheten – dens karakter og verdi

Bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak beror for det første på hemmelighetens *karakter* og *omstendighetene* den brukes i.¹⁰⁴ Virker det lite intuitivt at innehaver ønsker opplysningene hemmeligholdt, bør det som regel kreves større innsats fra ham i form av beskyttende tiltak. Innehavers forventning om hemmelighold må eksempelvis komme langt tydeligere frem i relasjon til hans driftsresultater enn til en patenterbar oppfinnelse. I Rt-2007-1841 (SAS) la Høyesterett til eksempel vekt på at saken gjaldt «informasjon som de aller fleste i flybransjen må ha ansett som ønskelig for det enkelte selskap å holde hemmelig».¹⁰⁵ Av den grunn fremstod innehavers krav om hemmelighold som relativt nærliggende. Betrachtingene viser hvordan hemmelighetens karakter har vært vektlagt av domstolene også før vedtakelsen av forretningshemmelighetsloven.

Hemmelighetens økonomiske verdi får, naturlig nok, også betydning for hva en kan forvente av innehavers beskyttelsesregime; momentet får ikke betydning i kraft av at hemmeligheten er mye verdt for innehaver, men fordi inngrep er mer påregnelig. Det kan imidlertid diskuteres om hemmelighetens økonomiske verdi for innehaver i seg selv skal tale for et skjerpet krav til beskyttelsestiltak. Som eksempel presiseres det i forarbeidene til den nye tyske loven¹⁰⁶ at bedømmelsen blant annet må bero på verdien av forretningshemmeligheten og dens utviklingskostnader samt viktigheten for selskapet.¹⁰⁷ Tanken er antakelig at hemmelighetens økonomiske verdi virker bestemmende for inngrepets skadeevne. Jo høyere tap som står på spill, desto mer kreves av innehavers beskyttelsestiltak. Innvendingen mot dette er at innehavers

¹⁰⁴ Se Prop. 2017/18:200 s. 64 og 139[Sverige]. Se også BT-Drs 19/4724 s. 22[Tyskland].

¹⁰⁵ Dommen s. 109.

¹⁰⁶ Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Geschäftsgeheimnisgesetz).

¹⁰⁷ BT-Drs 19/4724 s. 22[Tyskland].

vern da paradoksalt nok *innskrenkes* når hemmeligheten er mye verdt. Om en tenker seg at innehaver besitter to forretningshemmeligheter av ulik økonomisk verdi, som begge er underlagt samme beskyttelsestiltak, ville det fremstå som noe betenkelig om innehaver i slike tilfeller skal risikere å bare få vern for den minst verdifulle hemmeligheten. Av den grunn bør domstolene etter mitt syn utvise varsomhet med å tillegge hemmelighetens økonomiske verdi for mye vekt i bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak. På et eller annet punkt må nok tiltakene være tilstrekkelige for å få lovens vern, uansett hvor verdifull informasjonen skulle være. Her vil det i stedet være av betydning om innehaver i har imøtegått den konkrete påregneligheten av et inngrep.

I forlengelsen av dette kan det diskuteres om hemmelighetens *ideelle egenverdi* - dens evne til å imøtegå samfunnsutfordringer - bør inngå som et relevant vurderingsmoment ved bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak.¹⁰⁸ Som eksempel kan en tenke seg at innehaver er i ferd med å utvikle en etterlengtet medisin. Spørsmålet blir i så fall i hvilken grad dette skal ha innvirkning på kravet til beskyttelsestiltak. Det kan enten brukes som argument for å lempe kravet, slik at innehaver får insentiver til å investere i samfunnsnyttig forskning eller produktutvikling, eller som argument for et skjerpet krav i lys av generelle friholdelsesbetraktninger. Etter mitt syn bør domstolene være tilbakeholdne med å ta dette med i bedømmelsen uten samtidig å ha noen klare retningslinjer for hva som skal betraktes som tilstrekkelig verdifullt, og hvilken innvirkning det skal ha på kravet til beskyttelsestiltak. I mangel av klare retningslinjer kan slike vurderinger medføre en risiko for brudd med sentrale rettsprinsipper som likhet og forutsigbarhet.

6.3 Forhold ved tiltakene - innehavers forutsetninger for å treffe tiltak

Videre må *kostnadene ved tiltakene* tas med i bedømmelsen. En innehaver kan ikke forventes å måtte iverksette beskyttelsestiltak som eksempelvis overgår forretningshemmelighetens økonomiske verdi, og heller ikke tiltak som overgår det tap innehaver risikerer å pådra seg ved et eventuelt inngrep. Forklaringen er enkel: Gitt at innehaver er en rasjonell markedsaktør, vil han til enhver tid velge det mest kostnadseffektive alternativet. Om kostnaden ved tiltak overgår verdien av innehavers konfidensielle opplysninger, vil innehaver i alle tilfeller velge kostnadsbesparelser over vern etter loven. Dette behandles nærmere i punkt 7.4.

Kostnadene må dessuten holdes opp mot *tiltakens nytteverdi* – det vil si tiltakenes evne til å hindre inngrep. Det er samfunnsøkonomisk lite hensiktsmessig at innehaver treffer tiltak som koster mye og beskytter lite. Nettopp derfor viser forarbeidene til kost/nytte-betraktninger for bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak.¹⁰⁹ Rimelige beskyttelsestiltak foreligger der-

¹⁰⁸ Dette er fremhevet i direktivets fortalepunkt 3.

¹⁰⁹ Prop.5 LS (2019–2020) s. 19.

som det i ettertid er vanskelig å se hvordan innehaver med ytterligere tiltak hadde kunnet forhindre et inngrep. Motsatt gjelder der inngrepet kunne vært forhindret med relativt enkle midler.

Enn videre må kostnaden ved tiltaket vurderes opp mot *innehavers forutsetninger* for å treffe tiltak, derunder størrelsen på og kompetansenivået i innehavers virksomhet.¹¹⁰ For å illustrere poenget kan en tenke seg at innehaver er en oppstartsbedrift i ferd med å utvikle en oppfinnelse som med tiden vil bli svært mye verdt. Oppfinnelsens økonomiske potensiale gjør inngrep mer påregnelig, men innehaver mangler de nødvendige ressurser for å gi oppfinnelsen den tilstrekkelige beskyttelsen som omstendighetene krever. I slike tilfeller bør en etter mitt syn ta hensyn til innehavers forutsetninger for å treffe beskyttende tiltak.

Til støtte for dette kan en vise til at forretningshemmelighetsvernet har til hensikt å gjøre det mulig for foretak av alle størrelser å oppnå en fortjeneste på sin frambringelse eller innovasjon, kanskje særlig små til mellomstore bedrifter.¹¹¹ Selv i patentretten vil patenthavers forutsetninger under visse omstendigheter kunne tillegges vekt. Som eksempel kan fristoversittelser i medhold av patentloven § 72 tillates dersom oversittelsen var «utilsiktet», og vurderingen vil blant annet bero på om patenthaver hadde profesjonell bistand i forbindelse med patenteringen.¹¹² Krever man samme nivå av beskyttelse for samtlige innehavere i bransjen, risikerer man at beskyttelsesnivået settes så høyt at vernet blir illusorisk for de minste virksomhetene. For de største virksomhetene risikerer man at beskyttelsesnivået settes for lavt i forhold til det de har ressurser og midler til. Ved å ta hensyn til innehavers forutsetninger unngår man altså at forretningshemmelighetsvernet blir et system for de store og profesjonelle aktører.

6.4 Forhold ved inngrepet – kartlegging av aktuelle risikofaktorer

Av betydning for bedømmelsen er også *påregneligheten* av et inngrep.¹¹³ I forarbeidene fremgår det som nevnt at vurderingen må se hen til «hvilke risikofaktorer det er naturlig å iverksette tiltak mot».¹¹⁴

Det omfatter for det første påregneligheten av et inngrep av samme *karakter* og *omfang* som det som er forekommet i saken. Her må en ta i betraktning at påregneligheten endres i takt med samfunnsutviklingen, som både gir nye grunner for, men også nye måter å treffe beskyt-

¹¹⁰ Se BT-Drs 19/4724 s. 22[Tyskland].

¹¹¹ Direktivets fortalepunkt 2. Se også Innst. 161 L (2019-2020) s. 2 og EU-kommisjonen (2013a) s. 3.

¹¹² Se KFIR-2014-16 (17) og sak J 0005/94.

¹¹³ Prop. 2017/18:200 s. 138[Sverige].

¹¹⁴ Prop.5 LS (2019–2020) s. 119.

telsestiltak på.¹¹⁵ Mens det for eksempel tidligere var mer eller mindre trygt å teste ut nye produkter på avsidesliggende områder, er det i dag relativt enkelt for inngriper å skaffe tilgang til drone- og satellittbilder. Dette må innehaver hensynta ved utarbeidingen av eget beskyttelsesregime.¹¹⁶

For det andre må bedømmelsen se hen til påregneligheten av inngrep fra den konkrete inngriper. Et viktig moment i den forbindelse er om utvekslingen av opplysninger skjer innenfor rammen av et *langsiktig og tillitsfullt kontrakts- eller ansettelsesforhold*.¹¹⁷ Avgjørende er her i hvilken grad innehaver har kunnet stole på at inngriper innretter seg etter krav om hemmelighold. I langsiktige forretningsforhold har innehaver større grunn til å sette sin lit til inngriper, og dermed kreves færre beskyttende tiltak. Motsetningsvis må kravene skjerpes når opplysningene oversendes til en midlertidig forretningskontakt eller til ansatte i en bransje preget av lav arbeidsgiverlojalitet og kryssansettelser.¹¹⁸ Dette henger nært sammen med hvilken bransjepraksis som gjelder for det marked innehaver opererer i.¹¹⁹ Om praksis i bransjen tilsier at innehaver kan regne med hemmelighold, vil bidrar det til å redusere risikoen for inngrep.

Innføringen av berettigede forventninger som vurderingsnorm innebærer som nevnt en forflytning fra forhold hos inngriper til å vurdere forhold på innehavers side. Inngriperens skyld bør da som utgangspunkt holdes utenfor bedømmelsen. Det henger naturlig sammen med at innehavers berettigede forventninger forutsettes å foreligge allerede *før* inngrepet finner sted og at inngriperens skyld uansett tas i betraktning i inngrepsvurderingen i §§ 3 og 4. Når det er sagt, finnes det likevel klare forbindelseslinjer mellom inngriperens skyld og de tiltak som kreves av innehaver. I proposisjonen fremgår det en «tilsvarende forståelse av hvilke tiltak som kreves fra innehaveren av hemmeligheten, følger av definisjonen av inngrepshandlinger i artikkel 4». ¹²⁰ I dette ligger at beskyttelsestiltakene bør være av en slik art og et slikt omfang at en utenforstående må ta i bruk «urettmessige» midler eller opptre «i strid med god forretningsskikk» for å tilegne seg, utnytte eller formilde forretningshemmeligheten.

Til dette kan det tilføyes at innehavers forventninger om hemmelighold i mange tilfeller lar seg forsvare nettopp fordi inngriper beviselig var i ond tro, og innehaver visste dette.¹²¹ Har

¹¹⁵ Se Cundiff (2009) s. 364

¹¹⁶ Domeij (2016) s. 116.

¹¹⁷ Prop. 2017/18:200 s. 138[Sverige].

¹¹⁸ Se til eksempel Buffets, Inc. V. Klinke og Electro-Craft Corp. v. Controlled Motion. Her la domstolene i begge tilfeller vekt utbredelsen av kryssansettelser i bransjen.

¹¹⁹ Prop.5 LS (2019–2020) s. 19. Se også Irgens-Jensen (2010) s. 244, Domeij (2016) s. 117. For eksempler fra praksis se TSTRO-2013-35317 og saksøkers anførsel i LB-2016-99968.

¹²⁰ Prop.5 LS (2019–2020) s. 21.

¹²¹ Se liknende betraktninger i høringsnotatet inntatt i Prop.5 LS (2019–2020) s. 23.

innhaver gjort det klart for inngriper at opplysningene er konfidensielle, bør det som regel være et viktig moment i bedømmelsen av innehaverens beskyttelsestiltak. Det gjelder særlig dersom innehaveren hadde grunn til å stole på at inngriper innrettet seg etter dette, for eksempel på grunn av et gjensidig lojalitetsbånd opparbeidet gjennom en langvarig forretningsforbindelse.

Endelig kan det ha betydning om inngriperen er underlagt en kontrakts- eller lovfestet *taushetsplikt*. I proposisjonen fremheves den lovfestede taushetsplikt som særlig relevant i relasjon til bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak.¹²² Det rettslige grunnlaget for taushetsplikten bør imidlertid, slik jeg ser det, ikke tillegges prinsipiell betydning såfremt inngriperen vurderer taushetsplikten som reell. Skal en likevel gjøre forskjell på dem, bør argumentet etter mitt syn være at en kontraktsfestet taushetsplikt vekter vel så tungt som en lovfestet, all den stund det er å regne som et aktivt tiltak fra innehavers side. Som utgangspunkt må innehaver antakelig kunne legge til grunn at mottaker overholder lovpålagt eller kontraktsfestet taushetsplikt, men arten og omfanget av sanksjonene for brudd på taushetsplikten kan nok likevel få betydning for dens relevans som vurderingsmoment.

6.5 Oppsummering

I et forsøk på å sammenfatte de momenter som her er listet opp, kan det konstateres at den konkrete bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak for det første må bero på *forhold ved hemmeligheten*, derunder dens karakter, verdi, og omstendighetene den brukes under. For det andre må en se hen til *forhold ved tiltaket*, slik som kostnaden og nytten ved tiltaket samt innehavers forutsetninger for å treffe tiltak. Endelig må bedømmelsen ta i betraktning *forhold ved inngrepet*, det vil si hvor påregnelig et inngrep er ut fra sakens konkrete omstendigheter.

På mange måter likner bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak på erstatningsrettens vurdering av skadelidtes medvirkning til eget tap. Likhetene gjenspeiles i at kravene til skadelidtes aktsomhet særlig beror på hvor *synbar, nærliggende og betydelig risikoen* er.¹²³ Her må en imidlertid være oppmerksom på at vurderingen av skadelidtes medvirkning i motsetning til bedømmelsen av innehavers berettigede forventninger, bygger på «en avveining av interessene til partene i rettsprosessen».¹²⁴ Om kravet til tiltak skulle bedømmes på bakgrunn av den oppfatning inngriper eller samfunnet for øvrig måtte ha om saken, ville det forringe inneha-

¹²² Se til eksempel Prop.5 LS (2019–2020) s. 26.

¹²³ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 464.

¹²⁴ Direktivets fortalepunkt 21.

vers mulighet til å forutse egen rettsstilling. Hensynet til inngriperes og samfunnets interesser bør nok heller tilfalle inngrepsvurderingen i forretningshemmelighetsloven §§ 3 og 4.¹²⁵

7 Nærmere om kravets innhold i konkrete typetilfeller

7.1 Innledning – noen utvalgte typetilfeller

Lovgiver har som nevnt antatt at forretningshemmelighetsloven innebærer en «forsiktig skjerpning» av kravet til beskyttelsestiltak sammenlignet med gjeldende rett.¹²⁶ Analysen vil i denne delen av oppgaven knytte seg til spørsmålet om hvor streng vurderingsnorm en skal legge til grunn for bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak etter forretningshemmelighetsloven.

All den stund en slik kravets innhold må fastlegges konkret ut fra hva som etter omstendighetene er «rimelige» tiltak, kan en vanskelig etablere noe *generelt* minimumsnivå for de tiltak innehaver plikter å treffe. Det lar seg i hvert fall ikke gjøre uten å samtidig oppstille en rekke unntak fra dette generelle nivået. Utfordringen er dessuten at en slik statisk fremstilling ikke fanger opp den dynamiske dimensjon ved kravet til «rimelige» beskyttelsestiltak. Kravet skal blant annet gjenspeile samfunnet, teknologiutviklingen og til enhver tid gjeldende bransjepraksis. Jeg har derfor funnet det mer hensiktsmessig å ta utgangspunkt i noen typetilfeller for den nærmere fastleggingen av kravets innhold. Typetilfellene er særskilt plukket ut fordi jeg mener de er praktiske, samtidig som de etter mitt syn belyser hvordan forretningshemmelighetslovens prinsipielle skjerpning av gjeldende rett gir seg utslag i praksis.

7.2 Etablering av vern på grunnlag av et underforstått krav om hemmelighold

7.2.1 Et snevert unntak fra aktivitetsplikten

Når forretningshemmelighetsloven § 2 første ledd bokstav c etter sin ordlyd innfører en aktivitetsplikt for innehaver, reiser det tvil om den gjenstående adgangen til å etablere vern på grunnlag av et underforstått krav om hemmelighold. I proposisjonen fremgår det som nevnt at aktivitetsplikten ikke er mer enn et «utgangspunkt».¹²⁷ I høringsnotatet understrekes det at «ordlyden ikke [gir] grunnlag for å utelukke at det i konkrete tilfeller kan være tilstrekkelig at det følger en klar forutsetning om hemmelighold av selve situasjonen».¹²⁸ Et slikt standpunkt

¹²⁵ Se Rt-1994-1584 (s. 1588) hvor Høyesterett brukte forbrukernes valgmulighet som argument for at markedsføring, av et leketog som kunne kobles sammen med LEGOs produkter, ikke ble ansett i strid med «god forretningskikk» etter markedsføringsloven § 25.

¹²⁶ Prop.5 LS (2019–2020) s. 26.

¹²⁷ Prop.5 LS (2019–2020) s. 26.

¹²⁸ Prop.5 LS (2019–2020) s. 23.

harmonerer med direktivets målsetting om å fastsette en ensartet definisjon av begrepet forretningshemmelighet uten samtidig å begrense gjenstanden som skal beskyttes mot inngrep.¹²⁹

Selv om ordlyden «har truffet» antakelig ikke utelukker etablering av vern i slike tilfeller, må et underforstått krav om hemmelighold likevel antas å ligge på grensen av hva formuleringen etter en naturlig språkforståelse kan omfatte.¹³⁰ Nettopp derfor bør det kreves at innehaver kan vise til en klar forutsetning om hemmelighold – det vil si tilfeller der det fremstår som mer eller mindre *åpenbart* for inngriperen at opplysningene er en forretningshemmelighet. I det følgende skal jeg forsøke å oppstille konkrete vilkår for når det etter omstendighetene kan sies å foreligge en slik klar forutsetning om hemmelighold.

Innledningsvis vil jeg bemerke at spørsmålet om etablering av vern på grunnlag underforståtte krav om hemmelighold er nært beslektet med spørsmålet om en stilltiende avtale er inngått mellom partene. Sistnevnte forhold reguleres av avtalerettens regler. Underforståtte krav om hemmelighold spenner likevel, etter mitt syn, videre enn som så. Som eksempel kan nevnes tilfeller der en innehaver oversender konfidensiell informasjon om sin oppfinnelse til et patentkontor. Oversendelsen skjer uten nærmere avtale, men formålet er klart nok å innlede et samarbeid for patentering av innehavers oppfinnelse. I slike tilfeller kan vern trolig etableres, selv om det ikke enda foreligger en avtale mellom innehaver og patentkontoret. Av den grunn har det etter min mening en egenverdi å vurdere spørsmålet om etablering av vern adskilt fra spørsmålet om partene har inngått en avtale om hemmelighold.

7.2.2 Grunnvilkår: Forretningsmessig forbindelse mellom innehaver og mottaker

Det kan trolig oppstilles som et grunnvilkår for vern at innehavers underforståtte krav om hemmelighold har oppstått i sammenheng med et kontraktsforhold eller annen *forretningsmessig forbindelse* mellom innehaver og mottaker. Innehaver må for eksempel selv bære risikoen for at konfidensielle opplysninger spres i private relasjoner. I hvilken grad innehaver har kunnet stole på at ektefelle, nabo i et kontorfellesskap eller lignende ikke sprer forretningshemmeligheten videre, faller utenfor det domstolene skal bedømme.

Det er imidlertid ikke avgjørende for vern om et kontraktsforhold er kommet i stand eller ikke. Betingelsen er utelukkende at overleveringen av forretningshemmeligheten har *sammenheng* med en forretningsmessig forbindelse mellom innehaver og mottaker. En forutsetning om hemmelighold kan like gjerne foreligge i forbindelse med diskusjoner om å innlede et samarbeid mellom partene, som i et allerede etablert kontraktsforhold. Som eksempel på et tilfelle uten den nødvendige sammenheng med en forretningsmessig forbindelse, kan en tenke

¹²⁹ Direktivets fortalepunkt 14.

¹³⁰ Irgens-Jensen (2018) s. 525.

seg at to av innehavers ansatte diskuterer kommersielle hemmeligheter under et restaurantbesøk. I ettertid viser det seg at en konkurrent satt på nabobordet og lyttet til hva som ble sagt. Her skjer overleveringen av innehavers forretningshemmelighet til konkurrenten helt uten sammenheng med et kontraktsforhold eller annen forretningsmessig forbindelse. At informasjonen åpenbart ikke var ment å deles med andre, er ikke nok til å etablere vern.¹³¹

7.2.3 Bestemt og synlig formål med overleveringen

I det følgende skal jeg forsøke å oppstille alternative minimumsvilkår for når det kan sies å foreligge en klar forutsetning om hemmelighold mellom partene. For den videre behandlingen har jeg funnet det hensiktsmessig å dele innehavers forretningsforbindelser inn i to ulike kategorier, hvor første kategori behandles i dette punkt.

Den første kategorien omfatter blant annet de kontrakter der hemmelighold inngår som en del av kontraktsforholdets *hovedforpliktelse*. Et eksempel kan være at innehaver engasjerer et patentkontor til å bistå med patenteringen av en oppfinnelse. Sprer patentkontoret informasjon om oppfinnelsen videre, vil det medføre at patentet ikke lenger anses som en «nyhet» etter patentloven § 2. Kan ikke patentet registreres, og dette skyldes forhold hos patentkontoret, vil det foreligge en mangelfull kontraktsytelse. Dette, og lignende kontraktsforhold, karakteriseres ved at begge parter – innehaver og mottaker – er *avhengige av hemmelighold*. I slike kontraktsforhold vil forutsetningen om hemmelighold etter mitt syn fremstå som åpenbar, og innehaver bør nyte vern.

Enkelte ganger kan krav om hemmelighold òg oppstå som en *biforpliktelse* i partenes kontraktsforhold. Innehaver engasjerer for eksempel noen til å installere en beskyttende brannmur. For slike kontrakter må det antagelig innfortolkes en biforpliktelse for leverandøren til samtidig å sørge for at han ikke er skyld i at informasjonen kommer på avveie på annet vis. Et annet eksempel er der innehaver engasjerer en softwareutvikler til å lage den nødvendige kildekoden for innehavers tjeneste eller produkt. Her bør innehaver kunne stole på at softwareutvikleren ikke utnytter eller videreformidler informasjon om innehavers forretningsidé, selv om dette ikke inngår som noen hovedforpliktelse i kontraktsforholdet. For slike kontraktsforhold vil en normalt kunne konstatere en klar forutsetning om hemmelighold.

Denne kategorien forretningsforbindelser spenner imidlertid videre enn som så. Advokater har for eksempel en forpliktelse til å beholde taushet om forhold han eller hun blir kjent med i sitt arbeid. Det gjelder i de fleste tilfeller uavhengig av om advokaten enda har rukket å etablere et klientforhold med innehaver. Det karakteristiske ved denne situasjonen, og for så vidt også de ovennevnte, er at overleveringen av innehavers forretningshemmelighet skjer med et *be-*

¹³¹ Domeij (2016) s. 117.

stemt og *synlig* formål. I slike tilfeller fremstår forutsetningen om hemmelighold antakelig som klar nok til at vern kan etableres.

Jeg har funnet for støtte vilkåret om et bestemt og synlig formål hos blant annet de danske rettsteoretikerne *Riis, Schovsbo og Udsen*. I relasjon til den danske legaldefinisjonen av begrepet forretningshemmelighet uttaler de:

«Også stiltiende krav om hemmeligholdelse vil nok kunne række, idet der dog må kræves en vis konkretisering (evt. i form af en udtalt men klar fælles forståelse blandt en mindre gruppe af medarbejdere), før man kan tale om, at der foreligger en ”foranstaltning”».¹³²

Følger man deres argumentasjon, må spredningen av forretningshemmeligheten være kontrollert i den forstand at innehaver *konkretiserer* hvilke opplysninger som er konfidensielle, eller så må innehaver alternativt forsikre seg om at partene har en felles forståelse av hvorfor overleveringen skjer og at hemmeligheten ikke kan benyttes ut over det angitte formål.

Den svenske rettsteoretikeren *Domeij* bygger på en lignende tolkning når han antar «att ett hemmelighållande kan uppnås genom att naringsidkaren är selektiv i informationsspridningen och bara informerar de som har ett konkret behov av att få veta».¹³³ Dette kan illustreres med følgende eksempel: Innehaver har invitert eksterne forretningsforbindelser til sitt produksjonsområde med den hensikt å selge inn virksomheten til potensielle samarbeidspartnere. På innehavers produksjonsområde finnes det konfidensielle opplysninger, som for eksempel prototyper av nye oppfinnelser eller at de besøkende får innsikt i virksomhetens produksjonsmetoder. Skal innehaver for dette tilfellet ha vern, må han som et minimum vise selektivitet ved hvem han har invitert og ved hvilke deler av produksjonsområdet han viser frem for de besøkende. Ut fra seleksjonen kan en utlede en forutsetning om hemmelighold. Denne forutsetningen vil i mange tilfeller fremstå som klar nok til at vern kan etableres.¹³⁴

Også i patentretten betinges underforståtte krav om hemmelighold av det foreligger et «særlig forhold» mellom de respektive parter.¹³⁵ Fra EPOs Guidelines kan en utlede at det særlig skal legges vekt på om en eller begge parter hadde kommersiell interesse i å holde informasjonen hemmelig, samt i hvilken grad patenthaver kunne regne med at den andre part behandlet informasjon om oppfinnelsen konfidensielt.¹³⁶ Som eksempel kan det vises til LB-2008-066692, der saken gjaldt spørsmål om overleveringen av informasjon og reklamemateriell i en forret-

¹³² Riis, Schovsbo og Udsen (2018) s. 473.

¹³³ Domeij (2016) s. 117. Se likevel Domeij (2018) s. 545. Her presiserer han at det etter vedtakelsen av direktivet ikke lenger kan etableres vern på grunnlag av en forutsetning om hemmelighold.

¹³⁴ Domeij (2016) s. 117.

¹³⁵ Se til eksempel LB-2008-66692, TOSLO-2017-98208 og TOSLO-2016-206868-2. Se også praksis fra EPO T 0239/16 og T 1511/06.

¹³⁶ EPO Guidelines (2019) pkt. 7.2.2. Referert til i TOSLO-2016-206868-2 under punkt 4.5.4.

ningskorrespondanse var nyhetsskadelig etter patentloven § 2. Her la lagmannsretten avgjørende vekt på at informasjonen var sendt til «en begrenset krets av mottakere i et særlig forretningsmessig øyemed».¹³⁷ Derfor var oversendingen heller ikke nyhetsskadelig.

Ut fra det jeg her har beskrevet, mener jeg det er holdepunkter for å anta at vern kan etableres dersom overleveringen av forretningshemmeligheten skjer for et *bestemt formål*, og at dette formålet fremstår som *synlig* for mottakeren. Dette er imidlertid ikke mer enn et minimumsvilkår, og det gjenstår fremdeles å bedømme om det ut fra sakens øvrige omstendigheter var aktsomt av innehaver å overlevere hemmeligheten uten andre beskyttende tiltak. Det beror på en konkret vurdering basert på de momenter som er opplistet i punkt 6. Her er det blant annet et poeng å peke på at innehaver ikke kan overlevere mer informasjon enn det han antar er *nødvendig* for å oppfylle det angitte formål. Innehaver bør nok likevel gis en relativt vid skjønnsmargin ved vurderingen av hva som skal anses som nødvendig. Mottaker vet for eksempel bedre enn innehaver hvilken informasjon som trengs for å kunne utføre arbeid for ham. Likeledes bør en innehaver som ønsker å få i stand et forretningssamarbeid, ha anledning til å overlevere nok informasjon om virksomheten til at han tror han klarer å «selge seg inn» hos mottakeren. Poenget er at innehaver ikke kan oversende informasjon som han vet er uten betydning for formålet med overleveringen.

7.2.4 Etablert tillitsforhold mellom innehaver og mottaker

Andre kategori omfatter alle andre forretningsforbindelser enn de ovennevnte. I slike tilfeller fortjener en forventning om hemmelighold sjeldent betegnelsen berettiget uten at innehaver samtidig har hatt god grunn til å stole på at inngriper ikke rettstridig utnytter forretningshemmeligheten. Dette henger nært sammen med inngrepets påregnelighet; tilliten mellom partene bør være så sterk at et potensielt inngrep fremstår som lite påregnelig. Det gjelder særlig dersom innehaver ved relativt enkle midler hadde kunnet beskytte forretningshemmeligheten.

Patentretten følger en tilsvarende retningslinje. I relasjon til nyhetskravet i patentloven § 2 kan det være tilstrekkelig at *informasjonsutvekslingen* «har fundet sted under sådanne omstendigheter, at et tillidsforhold kan siges at foreligge for den, hvem genstanden er tilbudt».¹³⁸ Om dette uttaler Stenvik:

«.. det [er] ikke [...] nødvendig med en uttrykkelig taushetsplikt som følge av lov eller avtale, men det kan være tilstrekkelig med en underforstått forutsetning om konfidensialitet. I mange tilfelle vil utveksling av teknisk informasjon i forbindelse med kontraktsforhandlinger eller i

¹³⁷ Dommen under overskriften «Teknikkens stilling – allment tilgjengelige mothold».

¹³⁸ NU 1963: 6 s. 125. Se også Stenvik (2020) s. 181.

samarbeidsforhold måtte anses å ha skjedd i fortrolighet, selv om det ikke foreligger noen uttrykkelig avtale.»¹³⁹

Avgjørende for bedømmelsen av nyhetskravet er da om overlevering av informasjonen om oppfinnelsen har *skjedd i fortrolighet*. Hvis oppfinnelsen er brakt på markedet eller gjort tilgjengelig for uavhengige parter under omstendigheter hvor det normalt ikke eksisterer noen taushetsplikt, må bevisbyrden for at det eventuelt likevel foreligger en slik plikt, påhvile patentsøkeren.¹⁴⁰ Disse betraktningene gjør seg etter mitt syn tilsvarende gjeldende for forretningshemmelighetsvernet.

Fra det ovennevnte kan en utlede at vern kan etableres på grunnlag av et underforstått krav om hemmelighold dersom overleveringen skjer innenfor rammen av et etablert tillitsforhold. Igjen må det understrekes at et slikt tillitsforhold alene ikke nødvendigvis er tilstrekkelig til å oppfylle kravet til «rimelige tiltak», da det vil måtte bero på sakens øvrige omstendigheter.

I forretningsforhold kreves det antakelig, slik jeg ser det, relativt mye aktivitet før et etablert tillitsforhold kan oppstå mellom partene. *Domeij* antar derimot at «sådannt oppstår relativt snabbt etter att diskussioner eller förhandlingar har påbörjats».¹⁴¹ Min vurdering er at en profesjonell aktør som et utgangspunkt bør anta at ens egne ansatte og forretningsforbindelser utgjør en risikofaktor. Det skal slik sett en del til før innehaver med rette kan stole på at for eksempel eksterne forretningsforbindelser innretter seg etter innehavers uuttalte forventning om hemmelighold, dersom det går på tvers av mottakerens egne økonomiske interesser. En kan samtidig ikke stille kravene til aktivitet så strengt at det går ut over den nødvendige tillitt som hensynet til sunn konkurranse forutsetter.

Saksforholdet i Rt-2007-1841 (SAS) havner etter min oppfatning i gråsonen for når et etablert tillitsforhold kan sies å foreligge. Her hadde partene – Norwegian og SAS Braathens – tidligere samarbeidet om flygninger på ruten Stavanger-Newcastle i perioden januar 2001 til august 2002. Samarbeidet forutsatte at SAS Braathens hadde tilgang til Norwegians persontrafikkdاتا gjennom en passordbeskyttet plattform. Etter at samarbeidet opphørte, fortsatte SAS Braathens å ha tilgang til denne dataen. Høyesterett fant at Norwegian i denne saken måtte ha vern, ettersom SAS Braathens «forsto at tilgangen ble gitt for at SAS Braathens kunne utføre sine tjenester på en tilfreds[s]tillende måte». Hadde saken vært vurdert etter de minimumsvilkår jeg her har oppstilt, kunne en for det første konstatert at det etter samarbeidets opphør i 2002 ikke lenger forelå et bestemt og synlig formål bak SAS Braathens tilgang til persontrafikkdاتاen. For det andre ville det vært *tvilsomt* om relasjonen mellom SAS Braathens og

¹³⁹ Stenvik (2020) s. 181.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Domeij (2016) s. 116.

Norwegian kunne karakteriseres som et etablert tillitsforhold, ettersom samarbeidet hadde vart i relativt kort tid og partene dessuten var direkte konkurrenter. Hadde partene derimot hatt eksempelvis et omfattende samarbeid om tjenesteutvikling, kommersialisering og lisensiering i en periode på flere år, ville saken antakelig stilt seg annerledes. Hvis min vurdering er korrekt, vil vilkåret om et etablert tillitsforhold da representere en ikke helt ubetydelig skjerpning av kravet til beskyttelsestiltak sammenlignet med gjeldende rett.

7.2.5 Stilltiende avtale om hemmelighold

Er ikke et av de ovennevnte alternative vilkår oppfylt, kan vern i unnlatesestilfellene etter min oppfatning antakelig bare etableres på grunnlag av en stilltiende avtale om hemmelighold. Spørsmålet om avtaleinngåelse reguleres av avtalerettens regler og faller derfor i utgangspunktet utenfor oppgavens tematikk. Jeg har likevel funnet det hensiktsmessig å kort behandle de tilfeller der innehaver fremmer et ensidig pålegg om hemmelighold, ettersom jeg mener dette er en praktisk situasjon som behøver avklaring.

Et ensidig pålegg om hemmelighold vil som utgangspunkt ikke innebære noen motsvarende forpliktelse for mottaker til å holde opplysningene hemmelige. Som eksempel kan en tenke seg at innehaver uoppfordret sender en forretningsidé til et annet selskap i håp om å kunne innlede et samarbeid, under den forutsetning at informasjon om forretningsidéen holdes hemmelig. I slike tilfeller vil innehaver som normalt ikke ha noe ubetinget krav på hemmelighold, idet innehaver mangler nødvendig kompetansen til ensidig å underlegge mottakeren en konfidensialitetsforpliktelse.

Her kan det imidlertid sondres mellom to situasjoner: Der pålegg om hemmelighold gis senest *samtidig* med at mottaker blir gjort kjent med¹⁴² de konfidensielle opplysningene, og der pålegget kommer *etter* at mottaker er gjort kjent med opplysningene. I sistnevnte tilfelle, der pålegget kommer *etter* at mottaker er gjort kjent med opplysningene, vil mottaker i utgangspunktet stå fritt til å utnytte de mottatte opplysningene. Det gjelder også etter at innehaver har tilkjennegjort sitt pålegg om hemmelighold. Innehaver står som nevnt ikke i noen posisjon til ensidig å pålegge mottaker forpliktelser han ikke har akseptert. Forretningslivets rivalisering innebærer blant annet å utnytte konkurrenters uforsiktede håndtering av forretningshemmeligheter.

For førstnevnte tilfelle, der pålegget gis senest *samtidig* med at mottaker blir gjort kjent med opplysningene, vil det etter omstendighetene kunne foreligge en avtale om hemmelighold. Det gjelder dersom mottaker, før informasjonen tas i bruk, unnlater å reservere seg mot et pålegg

¹⁴² Det avgjørende tidspunkt for spørsmålet om vern er, slik jeg ser det, når mottaker blir kjent med opplysningene, snarere enn tidspunktet for overlevering av opplysningene, se avtaleloven § 7.

fra innehaver. Den svenske rettsteoretikeren *Fachlbeck* antar at «i affärsrelationer är det avsändaren som definierar vad som ska vara hemlig information och mottagaren får anmäla reservation om denne inte åtar sig ett nyttjandeförbud».¹⁴³ Unnlater mottaker å reservere seg mot hemmelighold, vil innehaver kunne anta at mottaker gjennom sine handlinger aksepterer pålegget.

Dersom mottaker faktisk reserverer seg mot et slikt pålegg, ligger det etter min oppfatning i sakens natur at mottaker da heller ikke kan tilegne seg de konfidensielle opplysningene.¹⁴⁴ Velger han likevel å benytte seg av opplysningene, vil det antakelig måtte skje på innehavers betingelser om konfidensialitet, i tråd med en stilltiende avtale om hemmelighold. Innehaver kan riktignok i slike tilfeller kritiseres for å ha utsatt forretningshemmeligheten for en unødig risiko, ettersom en forespørsel om en forhåndsbekreftelse på hemmelighold før opplysningene ble oversendt ville vært et enkelt tiltak å treffe. Det vil likevel ikke få betydning for bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak. På inngrepsstidspunkt vil innehaver kunne vise til en stilltiende avtale om hemmelighold – helt uavhengig av hvordan den kom til.¹⁴⁵

Det avgjørende for spørsmålet om avtaleinngåelse, og dermed også vern, vil etter dette være om innehavers pålegg om hemmelighold kom senest *samtidig* med at mottaker ble gjort kjent med de konfidensielle opplysningene. Her vil jeg samtidig understreke den prinsipielle forskjellen mellom en avtalerettslig forpliktelse til hemmelighold på den ene siden og vern etter loven på den andre. En avtale er klart nok er et tiltak etter loven, men en må fremdeles vurdere om den utgjør et «rimelig» tiltak slik loven krever.

7.3 Etablering av vern på grunnlag av en catch all-klausul

7.3.1 Kort om bruken av catch all-klausuler

I dette punktet skal jeg vurdere holdbarheten av catch all-klausuler opp mot kravet til beskyttelsestiltak i forretningshemmelighetsloven.

Catch all-klausuler betegner kontraktsbestemmelser som er *generelt utformet*, og som tar sikte på å fange opp alle eksisterende og fremtidige forretningshemmeligheter. En catch all-klausul kan for eksempel omfatte «ethvert forhold» den ansatte blir kjent med i anledning sin arbeidsutførelse, eller den kan forplikte forretningsforbindelser til å «bevare absolutt all taushet» om partenes samarbeid. Bruken av catch all-klausuler betyr ikke at all informasjon faktisk omfattes av forretningshemmelighetsvernet, men at den nærmere vurderingen av vernets utstrekning hører inngrepsspørsmålet til.

¹⁴³ I relasjon til den tidligere lag (1990:409) om företagshemligheter[Sverige].

¹⁴⁴ Se til eksempel *Galanis v. Procter & Gamble* som redegjort for i Irgens-Jensen (2010) s. 112.

¹⁴⁵ Se oppgavens punkt 4.2.

Etablering av vern på grunnlag av catch all-klausuler er mulig etter gjeldende rett.¹⁴⁶ Problemstillingen som skal drøftes i det følgende er om også forretningshemmelighetsloven åpner for å tillate bruk av catch all-klausuler som eneste beskyttelsestiltak mot inngriper, eller om slike klausuler nå må suppleres med et krav til konkretisering av hvilke opplysninger som faktisk er konfidensielle.

7.3.2 Grunnvilkår: Klausulen må være i bruk

Ettersom innehaver ut fra min analyse i punkt 5.2. må utvise aktsomhet i alle relasjoner hvor hemmeligheten inngår, vil det antakelig være et grunnvilkår for holdbarheten av catch all-klausuler at disse praktiseres. Som eksempel kan det vises til LA-1996-1529 hvor lagmannsretten fant at Norsk Hydro hadde truffet tilstrekkelige tiltak ved at arbeidsreglementet påla hemmelighold og at vitneforklaringene entydig viste at hemmelighold var «allment kjend og praktisert ved F-senteret».¹⁴⁷

Uten at hemmelighold praktiseres gjennom bruk av catch all-klausulen, vil den bli liggende som en sovende bestemmelse i partenes kontraktsforhold. Klausulen vil da i praksis mangle realitet som beskyttende tiltak, og kan i ytterste konsekvens bortfalle på grunnlag av passivitet.¹⁴⁸ Manglende praktisering av klausulen kan dessuten føre til at de konfidensielle opplysningene ikke lenger er hemmelige, og dermed mister mye av sin verdi. Det hjelper lite at ansatte eller forretningsforbindelser er underlagt en catch all-klausul, dersom forretningshemmeligheter samtidig deles fritt med utenforstående.¹⁴⁹ Ligger eksempelvis forretningshemmeligheten åpent tilgjengelig på innehavers nettside, kan vern åpenbart ikke etableres på grunnlag av en catch all-klausul.

På bakgrunn av dette betinges holdbarheten av en catch all-klausul, slik jeg ser det, av at den er i bruk.

7.3.3 Krav til konkretisering – når og på hvilke vilkår?

Spørsmålet som skal behandles i det videre, er om forretningshemmelighetsloven innfører et krav om konkretisering av mottakers konfidensialitetsforpliktelser. Her må det antakelig gjøres en sontring mellom konkretisering før og etter at innehaver har skaffet seg et klart bilde av forretningshemmelighetens innhold.

¹⁴⁶ LA-1996-1529. Se også NKU-2019-9. Se også Irgens-Jensen (2010) s. 244.

¹⁴⁷ Ibid punkt V (2) a).

¹⁴⁸ Woxholth (2017) s. 104 med videre henvisninger.

¹⁴⁹ Se oppgavens punkt 5.2.2.

Et krav til konkretisering *før* innehaveren har fått oversikt over forretningshemmelighetens innhold, vil etter mitt syn få en utilsiktet og uheldig innvirkning på blant annet forsknings- og utviklingssamarbeid.¹⁵⁰ Hensikten med slike samarbeid lar seg vanskelig forene med et krav om konkretisering, all den stund målet med samarbeidet nettopp er å utvikle noe partene enda ikke vet hva er. Tilsvarende ville et krav om konkretisering hatt innvirkning på den gjeldende – om enn omdiskuterte - «sum av viten»-doktrinen.¹⁵¹ Doktrinen går ut på at en innehaver kan oppnå vern for den «sum av viten» som ansatte opparbeider i løpet av et arbeidsforhold. I LG-2013-162132 ble informasjonen ansett som en forretningshemmelighet etter «et samlet og fullstendig helhetsbilde» av fremstillingsprosessen frem til et ferdig produkt.¹⁵² Dersom innehaveren i alle tilfeller må kommunisere hvilken informasjon som er konfidensiell, vil den kumulering av «sum av viten» som doktrinen foreskriver vanskelig kunne opprettholdes. I de ovennevnte tilfeller må catch all-klausuler etter mitt syn aksepteres, ettersom innehaver har få eller ingen andre midler for beskyttelse av sine forretningshemmeligheter.

Det er imidlertid ikke gitt at en catch all-klausul skal aksepteres som eneste beskyttelsestiltak *etter* at innehaveren har fått oversikt over forretningshemmelighetens innhold. Her må innehaver naturlig nok gis tid til å områ seg, men vern bør nok utelukkes i de tilfeller der det har gått relativt lang tid mellom tidspunktet hvor forretningshemmeligheten først tegnet seg for innehaver og tidspunktet for inngrep. Begrunnelsen bak et slikt krav til konkretisering er at catch all-klausuler har en kjørende effekt på arbeidstakers mobilitet, i den forstand at han eller hun ikke med sikkerhet kan vite hva som er å regne som innehavers forretningshemmelighet. Tilsvarende vil det være vanskelig for innehavers samarbeidsparter å forutse hvilken informasjon som fritt kan videreutvikles også etter at samarbeidet har opphørt. Når innehaver står nærmest til å klarlegge hvilken informasjon han anser å være underlagt konfidensialitet, bør han også pålegges ansvaret med å sikre nærmere avklaring på dette punkt overfor sine mottakere. Det er imidlertid verdt å merke at rettsstridsreservasjonen i inngrepsvurderingen vil kunne bøte på enkelte av de betenkeligheter ved en catch all-klausul som her er skissert.¹⁵³

Krav til konkretisering har dessuten ingen klar rettskildemessig forankring – verken i norsk rett eller i andre europeiske rettssystemer. I forarbeidene til den nye finske forretningshemmelighetsloven¹⁵⁴ fremgår det for eksempel at «[k]ravet på rimliga åtgärder betyder [...] inte att handlingar eller filer som innehåller företagshemligheter uttryckligen måste märkas som kon-

¹⁵⁰ Gjerne omtalt som R&D-avtaler-samarbeid.

¹⁵¹ «Sum av viten»-doktrinen har sin opprinnelse i LG-2003-8617 (Roxar/FlowSys). Doktrinen har blitt fulgt opp i senere rettspraksis. Se senest TKISA-2018-150636 og LG-2013-162132. Doktrinen er kritisert av blant annet Sandvik (2018) s. 88 flg.

¹⁵² Dommen, under overskriften «Markedsføringsloven § 28».

¹⁵³ Forretningshemmelighetsloven §§ 3 og 4.

¹⁵⁴ 10.8.2018/595 Lag om företagshemligheter[Sverige].

fidentiella»¹⁵⁵ I de tyske forarbeidene antar lovgiver at konfidensialitetsmerking av hver enkelt hemmelighet ikke er nødvendig, så fremt den konfidensielle informasjonen spesifiseres nærmere i generelle interne retningslinjer eller i ansettelseskontrakter.¹⁵⁶ Det er derfor noe uklart om krav til konkretisering kan kreves etter forretningshemmelighetsloven, og det gjenstår å se hvilken vei EU-retten og norske domstoler går på dette punkt.

Etter mitt syn kan et krav til konkretisering ha gode grunner for seg i de tilfeller der innehaver uansett har hatt tilstrekkelig foranledning til å avklare overfor sine ansatte og forretningsforbindelser hvilken informasjon han anser å være underlagt konfidensialitet. Bruk av catch all-klausuler forbeholdes da i hovedsak tilfeller som forsknings- og utviklingssamarbeid samt «sum av viten»-tilfeller. Legger man et slikt krav til konkretisering til grunn, vil det i så fall innebære en ikke helt uvesentlig endring av gjeldende rett.¹⁵⁷

7.4 Etablering av vern der hemmelighold forutsetter svært kostbare tiltak

7.4.1 Problembeskrivelse

Problemstillingen som skal behandles i det følgende er *om*, og på *hvilke vilkår* innehaver kan få vern i tilfeller der hemmelighold bare kan opprettholdes ved svært kostbare eller produktivitetshemmende tiltak. Til dette kan det bemerkes at innehavere generelt må «gi og ta» ved etableringen av et forsvarlig beskyttelsesregime. Kryptering, passordbeskyttelse og andre lignende tiltak er ressurskrevende, og det kan gjøre arbeidet mindre effektivt enn ønskelig. Her konsentrerer jeg meg om de tilfeller der kostnaden ved beskyttelsestiltakene mer eller mindre «spiser opp» den kommersielle verdien av forretningshemmeligheten.

Skal innehaver for eksempel frakte en vindturbin fra et sted til et annet, er det en viss fare for at turbinen blir synlig for utenforstående i forbindelse med eksempelvis opplasting på et fraktskip. For å hindre eventuelt innsyn, må innehaver stenge av hele kaien hvor opplastingen skal skje. Kostnaden ved dette kan i mange tilfeller bli så høy at innehaver i prinsippet ikke har annet valg enn å ta sjansen på at turbinen ikke blir oppdaget av andre. Et annet eksempel er der bilprodusenter skal testkjøre nye bilmodeller på vanlige veier. Bilprodusenten har i slike tilfeller valget mellom å teste bilen på veien – med risikoen for å bli oppdaget av tilfeldige forbipasserende, eller la det være. Å la være å teste bilen kan føre til et betydelig produktivitetstap på bilprodusentens hånd, særlig dersom godkjenning og salg av modellen forutsetter at den har vært testet på vanlige veier.

¹⁵⁵ RP 49/2018 rd s. 57[Finland].

¹⁵⁶ BT-Drs 19/4724 s. 22[Tyskland].

¹⁵⁷ Se til eksempel LA-1996-1529. Se også Irgens-Jensen (2010) s. 244.

I begge de skisserte eksemplene skjer det en *eksponering* av innehavers forretningshemmelighet – den holdes de facto ikke lenger hemmelig. Eksponering i denne sammenheng ligner på, men er etter min mening likevel noe annet enn de tilfeller der manglende tiltak gjør det *lettere* for inngriper å få tak i hemmeligheten, som for eksempel der innehavers brannmur ikke holder god nok standard. Her gjøres det altså en avgrensning mot sistnevnte.

7.4.2 Adgangen til å etablere vern - et kostnadsspørsmål

Eksemplene over viser at vurderingen av hvorvidt innehaver skal iverksette kostbare eller produktivitetshemmende tiltak går ut på ett og samme *kostnadsspørsmål* – enten det gjelder *utgifter* eller *tap av vinning*. Når jeg i det følgende bruker begrepet «kostnad», omfatter det begge de nevnte kategorier.

Idéen om en avgrensning mot kostbare tiltak har sitt opphav i den amerikanske høyesterettsavgjørelsen *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Christopher*. Saken gjaldt spørsmål om flyfotografier av et kjemisk prosesseringsanlegg under konstruksjon var et inngrep i innehavers forretningshemmeligheter. Innehaver hadde satt opp et gjerde rundt anlegget, men det var fullt eksponert fra luften. Retten konkluderte med at det ikke kunne forventes at innehaver hadde bygget et tak over anlegget for å beskytte mot innsyn.

Den nevnte avgjørelsen er tatt til inntekt for å etablere rettslig vern der kostnadene ved et beskyttelsestiltak overgår den samfunnsøkonomiske kostnaden ved vern. Her vises det til *Rockwell Graphic Sys., Inc. v. DEV Indus., Inc.*:

«[T]he question is whether the additional benefit in security would have exceeded [the] cost [of the contemplated protection]. [...] If trade secrets are protected only if their owners take extravagant, productivity-impairing measures to maintain their secrecy, the incentive to invest resources in discovering more efficient methods of production will be reduced, and with it the amount of invention.»¹⁵⁸

Avgjørelsen bygger på sentrale rettsøkonomiske prinsipper. Nektelse av rettslig vern kan få virkninger til å investere tungt i beskyttelsestiltak. Dette vil representere en overinvestering i beskyttelse, som i et samfunnsøkonomisk perspektiv ikke gagnar noen.¹⁵⁹ Merkostnaden ved utvidet beskyttelse vil da overstige samfunnskostnaden ved å bringe saken inn for retten. Det er i slike tilfeller at det rettslige vernet om forretningshemmeligheten bør tre inn istedenfor innehavers beskyttelsestiltak.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Dommen (28 og 29). Se også Cundiff (2009) som referer til doktrinen som «a balance between vigilance and practicality».

¹⁵⁹ Friedman, Landes og Posner (1991) s. 68.

¹⁶⁰ Se oppgavens punkt 2.

Lovens krav til «rimelige» tiltak holder det etter sin ordlyd åpent om vern kan etableres i tilfeller der hemmelighold er vanskelig eller praktisk umulig å opprettholde på grunn av tilknyttede beskyttelseskostnader. Proposisjonens henvisning til kost/nytte-betraktninger¹⁶¹ kan anføres som argument for at man i norsk rett kan nå et punkt der kostnaden ved et beskyttelsestiltak er så høy at rettslig vern etter loven utgjør en mer optimal ressursutnyttelse enn beskyttelsestiltaket. Poenget må da være at innehaver kan nyte vern i de tilfeller der merkostnaden ved det beskyttelsestiltak som hindrer eksponering er større enn den totale kostnaden, både for partene og for samfunnet for øvrig, ved en etterfølgende tvistesak.

Fra direktivets ordlyd «reasonable» kan en utlede en forutsetning om forsvarlige tiltak. Muligens omfatter det også en forutsetning om økonomisk forsvarlig ressursutnyttelse. Til støtte for denne tolkningen kan det vises til at det i direktivets fortale understrekes at ineffektiv ressursallokering oppstår når innehaver må bruke «higher expenditure on protective measures to compensate for the insufficient legal protection».¹⁶² Videre er det et poeng at et strengt krav til beskyttelsestiltak «favours the activity of unfair competitors who, subsequent to the unlawful acquisition of trade secrets, could spread goods resulting from such acquisition across the internal market».¹⁶³ Slike betraktninger taler for å etablere vern der svært høye beskyttelseskostnader gjør det praktisk umulig eller svært vanskelig å opprettholde hemmelighold.

Basert på de ovenstående argumenter, finner jeg at forretningshemmelighetsloven i hvert fall ikke utelukker etablering av vern der hemmelighold bare kan opprettholdes ved svært kostbare tiltak. Dette fritar imidlertid ikke innehaver for å treffe andre tiltak som kan bidra til å redusere risikoen for inngrep.¹⁶⁴

7.4.3 Grunnvilkår: Krav til nødvendighet

Skal innehaver i slike tilfeller nyte vern, bør det antakelig være en grunnleggende forutsetning at eksponeringen av innehavers hemmelighet gjøres for et *bestemt økonomisk formål*, slik som utprøving av en oppfinnelse eller utbygging av innehavers produksjonsområde. Uten et bestemt formål utsettes forretningshemmeligheten for unødig fare for innsyn, og slike situasjoner kan neppe ha vern etter loven.

Videre må eksponeringen etter mitt syn være *nødvendig*, i den forstand at samme grad av utnyttelse av hemmelighetens kommersielle verdi ikke hadde vært mulig uten slik eksponering. Grunnen er at det etter mitt syn er vanskelig å se hvilke beskyttelsesverdige interesser innehaver skulle ha i å tilgjengeliggjøre en hemmelighet han i utgangspunktet ikke trengte å eksponere.

¹⁶¹ Prop.5 LS (2019–2020) s. 19.

¹⁶² Direktivets fortalepunkt 9.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Oppgavens punkt 5.2.2.

ner. En kan imidlertid spørre om nødvendighet bør forstås som et krav til at kostnaden ved å forhindre eksponering gjør det praktisk umulig å treffe effektive beskyttelsestiltak. Dette har en side til innehavers forutsetninger for å treffe hemmelighold, idet ressursene på innehavers hånd får betydning for hvorvidt det er praktisk mulig for ham å gjennomføre tiltaket.

Alternativt kan man forstå nødvendighet dithen at det er tilstrekkelig at kostnaden «spiser opp» en så betydelig del av hemmelighetens verdi, at verditapet på innehavers hånd overstiger samfunnskostnaden ved å bringe saken inn for domstolene. Utfordringen her er å tallfeste dette skjæringspunktet. Regelen kan derfor bli vanskelig å håndheve i praksis. Etter min oppfatning har nok derfor førstnevnte alternativ bedre grunner for seg. Poenget er uansett at innehaver bør ha en *god grunn* for å eksponere noe som i utgangspunktet skal holdes hemmelig, skal tiltakene hans vurderes som «rimelige».

7.4.4 Tilgjengelighet som det avgjørende bedømmelseskriterium

I tillegg til det som allerede er sagt, må spørsmålet om vern etter mitt syn bedømmes ut fra *hvor tilgjengelig* forretningshemmeligheten er for utenforstående.

Forretningshemmelighetsloven § 2 første ledd bokstav a setter en slags ytre ramme for innehavers eksponering; det må i det minste kunne kreves at opplysningene ikke gjøres «allment kjent eller lett tilgjengelig». Dette henger nært sammen rettstridsreservasjonen i inngrepsvurderingen.¹⁶⁵ Dersom inngriper er en utenforstående, vil hans opptreden i møte med en allment eller lett tilgjengelig hemmelighet vanskelig kunne karakteriseres som «urettmessig» eller «i strid med god forretningsskikk rettstridig». Er inngriper derimot en av innehavers ansatte, underleverandører, eller en annen forretningsforbindelse, vil en kunne tenke seg tilfeller der inngriper klart nok opptrer i strid med en konfidensialitetsforpliktelse, selv om hemmeligheten ligger lett tilgjengelig for andre utenforstående. Men heller ikke her vil innehaver ha vern, ettersom § 2 første ledd bokstav a er et kumulativt vilkår for vern etter loven.

En kan i forlengelsen av dette tegne opp et skille mellom opplysninger som etter sin art gjør det mulig å redusere eksponeringen til et minimum, og opplysninger som for praktiske formål er umulige å holde hemmelig. Som eksempel kan en tenke seg byggingen av en boreplattform. Uansett hvilke tiltak innehaver iverksetter, vil boreplattformen være synlig for utenforstående over så lang tid at det antakelig ikke lenger er naturlig å omtale det som en hemmelighet. Dermed vil det heller ikke være nærliggende å verne om den som en forretningshemmelighet etter loven.

¹⁶⁵ Forretningshemmelighetsloven §§ 3 og 4.

Kartlegging av om eksponeringen gjør forretningshemmeligheten «allment kjent eller lett tilgjengelig», er altså første steg. Neste steg går ut på å foreta en mer generell bedømmelse av *hvor* tilgjengelig forretningshemmeligheten er gjort. Graden av tilgjengelighet blir bestemmende for om innehaver har vern.

Veiledning for denne bedømmelsen kan utledes fra blant annet patentretten. Forarbeidene til patentloven oppstiller en rekke vurderingsmomenter for anvendelsen av det tidligere etablerte utprøvningsunntaket, det vil si unntaket fra nyhetskravet for alle de oppfinnelser som etter sin art må utprøves utenfor et beskyttet område.¹⁶⁶ Bedømmelsen skal blant annet ta i betraktning størrelsen på den personkretsen som har hatt tilgang til oppfinnelsen, utprøvingens varighet, behovet for utprøving, hvor tydelig oppfinnelsen fremgår for utenforstående, graden av kontroll som er utøvd, og muligheten for og kostnaden ved ytterligere beskyttelsestiltak.¹⁶⁷ Utprøvningsunntaket er nå er fraveket for å sikre harmonisering med The European Patent Convention (EPC).¹⁶⁸ Når jeg likevel finner det forsvarlig å trekke veksler på de nevnte momenter, skyldes det at momentene fremdeles tillegges vekt i rettspraksis for bedømmelsen av om oppfinnelsen skal anses «allment tilgjengelig».¹⁶⁹ Det er dessuten et viktig poeng at forretningshemmelighetsloven, til forskjell fra patentloven, ikke behøver forankring i EPC. Etter min mening gir de ovennevnte momenter god veiledning for bedømmelsen av hvor tilgjengelig forretningshemmeligheten er for utenforstående.

Et særlig relevant moment vil etter min oppfatning være hvor *tydelig* hemmeligheten fremgår for utenforstående. Dette henger nært sammen med det som i patentretten gjerne omtales som «enabling disclosure»-doktrinen.¹⁷⁰ Doktrinen går i sin kjerne ut på at oppfinnelsens karakter av å være en nyhet først bortfaller når en fagmann *settes i stand til å gjenskape oppfinnelsen*.¹⁷¹ Lagmannsrettens avgjørelse i LB-2019-81454 (Luseskjørt) er illustrerende på dette punkt. Retten fant at utprøving av et nett mot lakselus (luseskjørt) for oppdrettsnæringen ikke var nyhetsødeleggende, ettersom luseskjørtet var plassert på en så *utilgjengelig* måte at man ikke kunne komme nærmere enn 20 meter. Fra denne avstanden ville det, selv for en fagperson, ikke være mulig å se at det var tale om et skjørt, et fluidpermeabelt nett, eller hvilken maskevidde nettet hadde. Overført til vernet om forretningshemmeligheter kan man spørre om eksponering bør påvirke vernet i de tilfeller der forretningshemmeligheten uansett ikke lar seg

¹⁶⁶ NU 1963: 6 s. 125. Se til eksempel Patentstyrets 2. avdeling av 24. mars 1984 i sak 5178 (Statfjord A-saken).

¹⁶⁷ Stenvik (2020) s. 186 med videre henvisning til NU 1963: 6 s. 123-125 og Ot.prp.nr. 36 (1965-66) s. 21. Se også Helset m.fl. s. 344.

¹⁶⁸ EPC (1973) artikkel 52 flg. Unntaket fravikes uttrykkelig i TOSLO-2016-206868-2.

¹⁶⁹ TOSLO-2016-206868-2 under punkt 4.5.2.

¹⁷⁰ Stenvik (2020) s. 189.

¹⁷¹ NU 1963:6 s. 123. Se også Stenvik (2020) s. 189.

utnytte av den krets som potensielt kan få innsyn i den. Etter mitt syn vil muligheten for gjenskapelse uansett virke bestemmende på hvor påregnelig et inngrep er. Er forretningshemmeligheten av en slik karakter at potensielle inngripere også etter utprøving vil ha vanskeligheter med å gjenskape eller utlede hemmeligheten, skal det etter mitt syn mindre til før vern kan etableres.

For situasjoner der det er umulig eller svært kostbart å holde forretningshemmeligheten skjult, bør vern etter dette trolig forbeholdes de tilfeller der tilgjengeligheten for utenforstående er *redusert til et minimum*. Skal innehaver ha vern også etter testkjøringen av sin nye bilmodell, bør han altså som et minimum ha truffet alle nødvendige forholdsregler for å redusere faren for å bli oppdaget; bilens karakteristika må kamufleres, testingen bør skje på et avsidesliggende sted, på et tidspunkt der få ferdes i området, og testingen bør skje i et svært begrenset tidsrom. For innehaveren som skal frakte en vindturbin, innebærer det at han må sørge for at opplastingen skjer på en tid av døgnet der det ellers er lite aktivitet på kaien og på den delen av kaien som ligger mest utilgjengelig for innsyn og fotografering. Dessuten bør han forsøke å dekke til turbinen så godt det lar seg gjøre.

Det som her er sagt, må imidlertid leses med et vesentlig forbehold. Innehaveren skal ikke alltid måtte påta seg like store kostnader, og i hvert fall ikke større, enn det patentretten krever. Mens en patenthaver må hindre enhver nyhetssskadelig utprøving av sin oppfinnelse, krever forretningshemmelighetsloven ikke mer enn at innehaver opptrer så aktsomt som omstendighetene tilsier. Dette bør gjenspeiles i bedømmelsen av innehavers beskyttelsestiltak.

8 Avslutning

Denne oppgaven har tatt sikte på å klarlegge innholdet av kravet til beskyttelsestiltak i forretningshemmelighetsloven § 2 første ledd bokstav c. Videre har hensikten vært å belyse hvilke materielle endringer den nye loven representerer på dette punkt.

Basert på den analyse som her er gjort, kan en for det første konstatere at loven, etter en tolkning av ordlyden «har truffet», pålegger innehaver en aktivitetsplikt han tidligere ikke har vært underlagt. Videre viser analysen at det i kravet til «rimelige tiltak» ligger en forutsetning om at innehavers valg av beskyttelsestiltak bygger på aktsomme overveielser i alle relasjoner hvor hemmeligheten inngår. Først da vil innehaver kunne ha berettigede forventninger om hemmelighold og tiltakene vurderes som «rimelige». Virkningen av å legge de nevnte tolkninger til grunn, er at vern ikke lenger kan etableres ved utelukkende å påvise inngripers onde tro. Dette representerer en ikke helt ubetydelig skjerping av kravet til beskyttelsestiltak.

Unntaksvist kan det fremdeles etableres vern på grunnlag av et underforstått krav om hemmelighold, eller som en konsekvens av at kostnadene for beskyttelse gjør hemmelighold vanskelig eller praktisk umulig. Adgangen til å etablere vern i slike tilfeller er antakelig, slik jeg ser det, snevrere enn etter gjeldende rett. Tilsvarende må kunne sies for holdbarheten av catch all-klausuler, som etter min oppfatning nå bør forbeholdes de tilfeller der forretningshemmeligheten ikke lar seg konkretisere.

Jeg mener det er grunn til å problematisere om den skjerping av gjeldende rett som her er beskrevet, egentlig har de beste grunner for seg. For det første kan det være vanskelig å forene en slik skjerping med direktivets uttalte formål om å «establish a homogenous definition of a trade secret without restricting the subject matter to be protected against misappropriation».¹⁷² For det andre synes det någjeldende kravet til beskyttelsestiltak på et vis å ha bedre sammenheng med hensynet til vern av tillit mellom næringsdrivende, derunder ønsket om å unngå ren snylting på konkurrentenes innsats.¹⁷³ For det tredje fører skjerpingen til at en arbeidsgiver har et snevrere vern etter forretningshemmelighetslovens enn etter den alminnelige lojalitets- og taushetsplikt i ansettelsesforhold. En arbeidsgiver pålegges nemlig ikke noen aktivitetsplikt slik innehaver gjør, og det kan stilles spørsmål ved hvor hensiktsmessig det er at vernet etter de to regelsettene gis ulikt omfang. Et fjerde og siste poeng er at en skjerping av kravet til beskyttelsestiltak med stor sannsynlighet vil føre til at flere saker i stedet blir bedømt etter generalklausulen i markedsføringsloven § 25. Dermed åpner en for en fragmentarisk regulering av forretningshemmelighetsvernet, stikk i strid med lovgivers ønske om å plassere slike bestemmelser i én samlet lov. De innvendinger som her er beskrevet, må holdes opp mot de underliggende retts- og prosessøkonomiske hensyn som er presentert i oppgavens punkt 2, skal en få klarhet i hvilken regulering – gjeldende rett eller forretningshemmelighetsloven – som egentlig har de beste grunner for seg.

I forlengelsen av det ovennevnte kan en spørre om og i hvilken grad EØS-retten gir juridisk spillerom til å i *fremtiden* lempe kravet til innehavers beskyttelsestiltak gjennom nasjonale reguleringer.¹⁷⁴ Forutsetningen er at nasjonale reguleringer respekterer hensynet til arbeidstakers mobilitet, ytringsfriheten og andre berørte interesser.¹⁷⁵ Et utvidet vern kan klart nok heller ikke gå så langt at det omfatter handlinger som direktivet uttrykkelig tillater, slik som pa-

¹⁷² Fortalepunkt 14, Prop.5 LS (2019–2020) s. 114.

¹⁷³ Se nærmere om dette i oppgavens punkt 4.1.

¹⁷⁴ Se til eksempel *Trailfinders Limited v Traveller Counsellors Limited & Ors*. Her fant den Storbritannias høyesterett at den ulovfestede læren om “implied confidentiality” kunne beholdes også etter implementeringen av direktivet. Retten understreket samtidig at «the Directive shines an occasional light on those principles».

¹⁷⁵ Se direktivet artikkel 1.

rallellframbringelser og omvendt utvikling.¹⁷⁶ Dessuten har spørsmålet om vern som nevnt en side til blant annet EØS-rettens fire friheter, EMK og konkurranseretten. Dette er i det hele tatt en kompleks problemstilling som i sin kjerne beror på om et utvidet vern griper inn i den balansering av hensyn som direktivet bygger på.

Det som uansett er sikkert, er at innehavere må ta veloverveide valg for å tilpasse sine beskyttelsestiltak til det nye, skjerpede kravet. Bare da vil de kunne fortsette å nyte vern for sine forretningshemmeligheter også etter 1. januar 2021.

¹⁷⁶ Gjerne omtalt som «reverse engineering». Se direktivet artikkel 3. Se også Schovsbo m.fl. (2018) s. 459.

9 Kilderegister

Bøker

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*, 2. utg., Oslo: M.H. Andenæs, 2009.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein og Jan Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Domeij (2016) Domeij, Bengt, *Från anstalld til konkurrent: lojalitetsplikt, företagshemligheter och konkurrensklausuler*. Stockholm: Wolters Kluwer, 2016.
- Fougner (2019) Fougner, Jan. *Norsk arbeidsrett. Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Hagstrøm og Stenvik (2015) Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik, *Erstatningsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Hallsteinsen (2017) Hallsteinsen, Peter. *Alminnelig obligasjonsrett, foreløpig utgave*, Gyldendal juridisk, 2017
- Helseth m.fl. Helseth, Per, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik. *Immaterialrett og produktetterlikning mv. etter markedsføringsloven*, Oslo: Cappelen Damm forlag, 2009.
- Høgberg og Sunde (2019) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. «EU-rett som norsk rettskilde» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Høgberg, Alf Petter og Jørn Ø. Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Irgens-Jensen (2010) Irgens-Jensen, Harald. *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*, 1. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2010.

- Lunde og Michaelsen (2019) Lunde, Tore og Terje Lundby Michaelsen. *Markedsføringsloven med kommentarer*, 3. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2019.
- Sandeen (2020) Sandeen, Sharon K. «Through the looking glass: trade secret harmonization as a reflection of US law» i *The Harmonization and Protection of Trade Secrets in the EU*. Schovsbo, Jens, Timo Minssen og Thomas Riis red., Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020.
<https://doi.org/10.4337/9781788973342>.
- Schovsbo, Minssen og Riis (2020) Schovsbo, Jens, Timo Minssen og Thomas Riis. «An appraisal of the EU Directive on Trade Secrets» i *The Harmonization and Protection of Trade Secrets in the EU*. Schovsbo, Jens, Timo Minssen og Thomas Riis red., Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020.
<https://doi.org/10.4337/9781788973342>.
- Sejersted m.fl. (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad. *EØS-rett*, 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Stenvik (2020) Stenvik, Are. *Patentrett*. 4. utg., Oslo: Cappelen Damm, 2020.
- Woxholth (2017) Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 10. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2017.

Artikler

- Bjørge og Førland (2016) Bjørge, Eirik og Ole Henrik Førland. «Berettigede forventninger» i kontraktsrettslig og tingsrettslig belysning». *Tidsskrift for forretningsjus*, Vol 13 (4) (2007) s. 316-340.
- Cash (2016) Cash, Molly Hubbard. «Keep It Secret, Keep It Safe: Protecting Trade Secrets by Revisiting the Reasonable Efforts Requirement in Federal Law», *Journal of Intellectual Property Law*. Vol. 23 (2) (2016) s. 263-291.
- Castellaneta (2016) Castellaneta, Francesco, Raffaele Conti og Aleksandra Kacperczyk. «Money secrets: How does trade secret legal protection affect firm market value? Evidence from the uniform trade secret act». *Strategic Management Journal*, Vol 38 (2017) s. 834-853.
- Chally (2004) Chally, Jon, «The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach», *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57 (4) (2004) s. 1269–1311.
- Cundiff (2009) Cundiff, Victoria. «Reasonable measures to protect trade secrets in a digital environment». *The Intellectual Property Law Review*, Vol. 49 (3) (2009) s. 359-410.
- Domeij (2018) Domeij, Bengt. «Den nya svenska lagen om företagshemligheter», *Nordiskt immateriellt rättskydd*, Nr. 1 (2018) s. 539-560.
- Friedman, Landes og Posner (1991) Friedman, David D., William M. Landes og Richard A. Posner. «Some Economics of Trade Secret Law», *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5 (1) (1991) s. 61-72.

- Irgens-Jensen (2018) Harald, Irgens-Jensen. «Ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter», *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, Nr. 1 (2018) s. 516-538.
- Istad (2008) Istad, Tarjei. «Fra Økokrim: Misbruk av bedriftshemmeligheter», *Tidsskrift for strafferett*, Utg. 1 (2008) s. 104-116.
- Kolstad (2009) Kolstad, Olav. «Rettsøkonomi i juridisk argumentasjon», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Årg. 121 (2008), s. 393-440.
- Menell (2000) Menell, Peter S. «Intellectual Property: General Theories», *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 2 (2000) s. 129-188.
- Riis, Schovsbo og Udsen (2018) Riis, Thomas, Jens Schovsbo og Henrik Udsen. «Den nye danske lov om forretningshemmeligheter», *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, Nr. 1 (2018) s. 464-486.
- Sandvik (2018) Sandvik, Espen. ««Sum av viten» som rettslig vernet bedriftshemmelighet». *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, Nr. 1 (2018), s. 88-108.
- Schovsbo m.fl. (2018) Schovsbo, Jens, Niklas Bruun, Marcus Norrgård, Bengt Domeij, Ulf Bernitz, Thomas Riis and Henrik Udsen, Harald Irgens-Jensen og Vilhelm Schröde. «The new protection of trade secrets in the Nordic countries», *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, Nr. 1 (2018), s. 459-463.
- Silva (2014) Silva, Nuno Sousa e. «What exactly are trade secrets under the new Directive?», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 9 (11)

(2014) s. 923-932.

Slaby, Chapman og O'Hara (1989) Slaby, David, James C. Chapman og Gregory P. O'Hara. «Trade Secret Protection: An Analysis of the Concept Efforts Reasonable Under the Circumstances to Maintain Secrecy», *Santa Clara Computer & High Tech LJ*, Vol. 5 (1989) s. 321-348.

Lover

Norske lover

1902	Lov 22. mai 1902 om alminnelig borgerlig straffelov (straffeloven av 1902)
1918	Lov 31. mai nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven – avtl.)
1967	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.)
1967	Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven – patl.)
1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl.)
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.)
2005	Lov 6. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)

- 2009 Lov av 9. januar 2009 nr. 1 om markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven – mfl.)
- 2020 Lov 27. mars 2020 nr. 15 om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven)

Utenlandske lover

- 1979 The USA Uniform Trade Secrets Act (UTSA), vedtatt 9. august 1979, revidert 8. august 1985. [USA]
- 1990 Lag (1990:409) om företagshemligheter (Upphävd författning) [Sverige]
- 2018 Lag (2018:558) om företagshemligheter, ikraftträdande 01.07.18 [Sverige]
- 2018 10.8.2018/595 Lag om företagshemligheter, ikraftträdande 15.08.2018 [Finland]
- 2019 Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Geschäftsgeheimnisgesetz) i kraft 26.04.2019 [Tyskland]

Traktater/konvensjoner

- EPC The Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention - EPC), 16. utg., opprinnelig vedtatt 5. oktober 1973, revidert senest juni

Prop. 5 LS (2019-2020) Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet)

Innst. 161 L (2019-2020) Innstilling fra næringskomiteen om Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven)

Utenlandske forarbeider

Prop. 2017/18:200 En ny lag om företagshemligheter [Sverige]

RP 49/2018 rd Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om företagshemligheter och till vissa lagar som har samband med den [Finland]

BT-Drs 19/4724 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung [Tyskland]

Rettspraksis

Norske avgjørelser og uttalelser

Rt-1994-1584

Rt-1997-199 (Cirrus)

Rt-2003-825 (Kvaerner)

Rt-2007-1841 (SAS)

LA-1996-1529

LB-2006-150210

LB-2008-66692

LH-2008-41641

LB-2017-131841

TSTRO-2013-35317

TOSLO-2016-206868-2

TOSLO-2017-98208

NKU-2019-9

Patentstyrets 2. avdeling kjennelse av 24. mars 1984 i sak 5178 (Statfjord A-saken), Nordisk Immaterielt Rättsskydd, nr. 1 1987 s. 81-82.

Avgjørelser fra EU-domstolen og førsteinstansretten

Sak E-2/95 (Eidesund)

Sak T-201/04 (Microsoft)

Avgjørelser fra Det europeiske patentverket (EPO)

T 0239/16

T 1511/06

J 0005/94

Utenlandske avgjørelser

Buffets, Inc. V. Klinke United States Court of Appeals, Ninth Circuit
[1996], No. 36222 [USA]

E.I. du Pont deNemours & Co. v. Christo- United States Court of Appeals, Fifth Circuit
pher [1970], No. 28254 [USA]

Electro-Craft, Inc. v. Controlled Motion, The Supreme Court of Minnesota [1983], 332
Inc. N.W.2d 890, 901 [USA]

Galanis v. Procter & Gamble U.S. District Court for the Southern District of
New York, [1957], 153 F. Supp. 34 [USA]

Rockwell Graphic Sys., Inc. v. DEV In- United States Court of Appeals, Seventh Circuit
dus., Inc [1996], No. 1280, 1351 [USA]

Trailfinders Limited v Traveller Counsel- England and Wales High Court, [2020] EWHC
lors Limited & Ors 591 (IPEC) [Storbritannia]

Andre kilder

- Baker McKenzie (2013) Baker McKenzie. «Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market», Final Study (2013) Prepared for the European Commission, MARKT/2011/128/D. Tilgang: https://ec.europa.eu/growth/content/study-trade-secrets-and-confidential-business-information-internal-market_0_en hentet 30. 09.2020
- EPO Guidelines (2019) European Patent Office. «Guidelines for Examination», kapittel G, punkt 7.2.2. Tilgang: https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_iv_7_2_2.htm hentet 08.11.2020
- Rådet (2014) Council of the European Union. General approach of the Council of the European Union. 26.05.2014. Tilgang: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/142780.pdf hentet 18.11.2020.
- EU-kommisjonen (2012) European Commission. Public consultation on the protection against misappropriation of trade secrets and confidential business information. 11.12.2012. Tilgang: https://ec.europa.eu/growth/content/public-consultation-protection-against-misappropriation-trade-secrets-and-confidential_en hentet 18.11.2020.
- EU-kommisjonen (2013a) European Commission. Proposal for a directive on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure. 28.11.2013. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0813&from=EN> hentet 24.08.2020.

EU kommisjonen (2013b)

European Commission. Commission Staff Working Document – Impact Assessment. 28.11.2013. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2013:0471:FIN:EN:PDF> hentet 24. 08. 2020

EFTA (2020)

European Free Trade Association. «Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure», under overskriften «History». Tilgang: <https://www.efta.int/eea-lex/32016L0943?fbclid=IwAR0-XTH7MISPPbPhDOvso7eSiX1yIIX6lsHqHAFuQCGHKrj7wdlyginRdK4> hentet 18.11.2020