

Fra Økokrim: Misbruk av bedriftshemmeligheter

Politivadokat Tarjei Istad

1 Innledning

Uberettiget bruk av en konkurrents bedriftshemmeligheter har i Norge i liten grad blitt forfulgt strafferettslig. Like før jul avsa Høyesterett en viktig kjennelse om straffeloven § 294 første ledd nr. 3, som på nærmere vilkår gjør slik misbruk straffbar.¹

I anledning bistand til salg av billetter på Norwegian Air Shuttle ASA (Norwegian) sin første kommersielle rute januar 2002 (Stavanger – Newcastle), fikk ansatte i gamle Braathens ASA (Braathens) tilgang til opplysninger i det globale bookingsystemet Amadeus om blant annet hvor mange passasjerer som hadde bestilt billetter i ulike prisklasser på Norwegians enkeltflyvninger. Etter at bistanden opphørte høsten 2002 og Norwegian begynte å fly innenlands i direkte konkurranse med Braathens, brukte ledende ansatte i Braathens disse opplysningene til å skaffe selskapet bedre grunnlag for beslutninger om egen ruteplanlegging og prisfastsetting. Høsten 2007 kom Borgarting lagmannsrett til at dette var overtredelse av straffeloven § 294 første ledd nr. 3.² SAS Scandinavian Airlines Norge AS (SAS Norge), som fusjonerte med Braathens høsten 2004,³ ble dømt til fire millioner kroner i bot. I kjennelsen forkastet Høyesterett anken fra SAS Norge over lagmannsrettens dom.

Nedenfor redegjøres kort for regelverket. Deretter drøftes noen særlige tolknings spørsmål som saken mot SAS Norge reiste. Til sist sies noe om straffutmålingen og veien videre på dette området.

2 Kort om straffeloven § 294 første ledd nr. 3

Paragraf 294 første ledd nr. 3 kom inn i straffeloven i forbindelse med vedtakelse av markedsføringsloven 16. juni 1972 nr. 47. Et

1. Høyesteretts kjennelse 21. desember 2007 (HR-2007-02159-A)
2. Borgarting lagmannsretts dom 1. oktober 2007 (LB-2006-150210)
3. I det følgende brukes i hovedsak SAS Norge. Braathens brukes kun der det særlig vises til de straffbare handlingene og avtalen om Stavanger – Newcastle-ruta.

Tarjei Istad er cand.jur. 2002 og har arbeidet som politivadokat i Økokrim siden juli 2007. Han var medaktør under lagmannsrettsbehandlingen av saken mot SAS Scandinavian Airlines Norge AS. E-post: tarjei.istad@politiet.no

hovedhensyn bak bestemmelsen er at bedrifter skal kunne høste frukter av egen innovasjon selv, uten fare for at konkurrenter snylter på innsatsen.⁴ Bestemmelsen lyder:

«Med Bøder eller Fængsel indtil 6 Maaneder straffes den, som
(...)

3. uberettiget gjør bruk av en bedrifts forretnings- eller bedriftshemmelighet som han har fått kjennskap til eller rådighet over i egenskap av teknisk eller merkantil konsulent for bedriften eller i anledning et oppdrag fra den, eller uberettiget åpenbarer en slik hemmelighet i den hensikt å sette andre i stand til å gjøre bruk av den, eller som ved forledelse eller tilskynding medvirker til dette.»

Av annet ledd følger at offentlig påtale bare finner sted når det er begjært av fornærmede og det finnes påkrevd av allmenne hensyn.

Siste del av første ledd nr. 3 retter seg mot den som uten legitim grunn åpenbarer en bedriftshemmelighet med det siktemål at andre skal kunne gjøre bruk av den.⁵ Saken mot SAS Norge og fremstillingen her dreier seg om første del, hvor det er gjerningspersonen selv som bruker opplysningene.

Bestemmelsen kan deles opp i tre vilkår:

1. Opplysningene må kvalifisere til betegnelsen «forretnings- eller bedriftshemmelighet».
2. Gjerningspersonen må ha fått kjennskap til eller rådighet over hemmelighetene i egenskap av teknisk eller merkantil konsulent for bedriften opplysningene gjelder, eller i anledning et oppdrag fra den.
3. Opplysningene må være brukt, og bruken må være uberettiget.

I denne fremstillingen brukes «forretnings- eller bedriftshemmelighet» og bare «bedriftshemmelighet» bevisst om hverandre, da det siste gjerne brukes som en fellesbetegnelse. Begrepet omfatter merkantile opplysninger som driftsresultater, innkjøpspriser, markedsføringsplaner og lignende, og videre tegninger, produksjonsmetode mv.

Opplysninger må for det første oppfylle visse kvalitative krav for kunne utgjøre en bedriftshemmelighet. Tegninger, planer mv. må være spesifikke for det aktuelle foretaket, de er gjerne utviklet av bedriften selv. Ofte vil slike opplysninger være relativt nye, men det er ikke et krav. Det sentrale i vurderingen er om det er av konkurransemessig betydning for bedriften å holde opplysningene hemmelige. Et stykke på vei bør det kunne trekkes en paral-

4. Konkurranselovkomiteens innstilling, Otta, 1966, s. 49–50. Samme sted s. 50–51 påpekes det at reglene om bedriftshemmeligheter er av «fremherskende konkurranserettslig natur».

5. I NOU 2002 nr. 4 Ny straffelov delutredning VII punkt 9.9.2 foreslås skyldkravet senket fra hensikt til forsett.

lell til forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 om taushetsplikt for næringsopplysninger, herunder «drifts- eller forretningsforhold». Taushetsplikt foreligger om offentliggjøring av opplysningene *kan* føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for bedriften, direkte eller ved at konkurrenter utnytter opplysningene. Såkalt «know-how» faller normalt utenfor, men grensen er ikke skarp.⁶

For det andre må eierbedriften ha gjort visse tiltak for å holde opplysningene hemmelige, for eksempel lagre dem et spesielt sted eller gjøre dem taushetspliktige. Det er også tilstrekkelig at kravet til hemmelighold «ligger klart i selve situasjonen».⁷

Annet vilkår ovenfor innebærer at gjerningspersonen må ha en viss tilknytning til bedriften hemmelighetene vedkommer, typisk gjennom et oppdrag. Jeg antar at stillingen som «teknisk eller merkantil konsulent for bedriften» normalt vil falle innunder at konsulenten har «et oppdrag fra den».

Det er ikke krav om betroelse, og uberettiget bruk er straffbart også etter at oppdraget er avsluttet. Hovedspørsmålet i SAS Norge-saken var om de aktuelle opplysningene må stamme fra oppdragsperioden, eller om straffebudet også rammer opplysninger som oppstår etterpå, se nedenfor under pkt 3.2.

Om gjerningspersonen er eller har vært ansatt eller deleier i bedriften, er det § 294 første ledd nr. 2 som kommer til anvendelse. Selve gjerningsinnholdet er det samme i nr. 2 og nr. 3, men slik at det for ansatte gjelder en tidsbegrensning på to år, jf. Høyesteretts kjennelse i SAS Norge-saken avsnitt 20:

«Gjerningsinnholdet i nr. 2 og 3 er – når det ses bort fra at det i nr. 2 gjelder en tidsbegrensning på to år – det samme.»

Endelig må hemmelighetene være brukt, og bruken må være «uberettiget». I dette ligger ikke først og fremst at det skal foretas en vurdering av brukens klanderverdighet, som ved uttrykk som «på urimelig måte», «utilbørlig» og lignende. Spørsmålet er om bruken har en legitim grunn, for eksempel samtykke fra eieren av hemmelighetene.

Straffeloven § 294 første ledd nr. 2 og 3 må sees i sammenheng med forseelsbestemmelsen i § 405 a, som retter seg mot den egentlige industrispionasje. Bestemmelsen, som også ble tilføyd i 1972, setter straff for utenforstående «som på urimelig måte skaffer seg eller søker å skaffe seg kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet». Det straffbare forholdet er altså tilegnelse eller forsøk på tilegnelse av hemmeligheter, mens forbrytelsesbestemmelsen i § 294 første ledd nr. 2 og 3 retter seg mot bruken. Videre gir § 405 a henvisning på en vurdering av klanderverdigheten, jf. «urimelig».

6. Se nærmere i Konkurranselovkomiteens innstilling s. 48–49.

7. Jf. Konkurranselovkomiteens innstilling s. 48.

Markedsføringsloven § 7 inneholder en straffesanksjonert bestemmelse som i næringsforhold nok er identisk med straffeloven § 294 første ledd nr. 3.

3 Særlige tolkningsspørsmål i saken mot SAS Norge

I det følgende redegjøres nærmere for sentrale tolkningsspørsmål Høyesterett behandlet i saken mot SAS Norge.

3.1 Var opplysningene bedriftshemmeligheter?

3.1.1 *Kravet til foretaksspesifikkhet*

Høyesterett beskriver opplysningene saken gjaldt slik (avsnitt 3):

«Amadeus er et globalt elektronisk distribusjonssystem hvor billettbestillinger registreres. Den enkelte bestilling blir registrert på et særskilt dokument betegnet PNR (passenger name record). Dette dokumentet inneholder opplysninger om kundens navn, reisestrekning, tidspunkt for reisen, billettklasse, billettpris samt opplysninger om hvem som har bestilt reisen. I Amadeus genereres fortløpende de enkelte PNRer i en passasjerliste for den enkelte flygning, omtalt som LM-bildet, med angivelse av den enkelte passasjers navn, billettklasse, tidspunkt for bestilling eller siste endring av bestillingen mv.»

LM-bildet kommer man inn på ved å skrive inn flightnummeret (DY ..., SK ..., BU ...) for flyvningen man ønsker oversikt over. Hvert flyselskap har i utgangspunktet bare tilgang til LM-bildet for sine egne flyvninger. Andre kan altså ikke vite hvor mange som har bestilt billett på forretningklasse, økonomiklasse mv. på de enkelte flyvninger.

For lagmannsretten anførte SAS Norge at disse opplysningene likevel ikke er bedriftshemmeligheter, fordi det er mulig å hente dem ut gjennom åpne kilder. Lagmannsretten kom imidlertid til at «PNR-dataene gir grunnlag for kunnskap som Braathens ikke kunne fått gjennom kilder som var åpne for offentligheten eller for de fleste av flyselskapene eller andre innen bransjen i den perioden tiltalen gjelder». ⁸ Det ble konkludert med at opplysningene var foretaksspesifikke. Dette ble ikke angrepet av SAS Norge, i hvert fall ikke uttrykkelig. Førstvoterende i Høyesterett gikk likevel gjennom kravet til foretaksspesifikkhet og konkluderte (avsnitt 25):

«På bakgrunn av den bevisvurdering lagmannsretten har foretatt, finner jeg det ikke tvilsomt at kravet til foretaksspesifikkhet her er oppfylt. Jeg tilføyer at det i et tilfelle som det foreliggende må være tilstrekkelig for å oppfylle dette kravet at informasjonen har gjort det mulig å oppnå resultater som man ellers ville ha brukt mer tid eller mer ressurser på å oppnå, jf. Harald Irgens Jensen: Forretningshemmeligheter i Nordisk Immaterielt Rättskydd nr. 6 for 2006.»

8. Lagmannsrettens dom s. 7.

Første setning i avsnittet viser at saken nok ikke gir særlig veiledning for så vidt gjelder den nedre grensen for kravet til foretakspesifikkhet. For fremtiden er det imidlertid interessant at førstvoterende viser til stipendiat Harald Irgens-Jensens syn, som ikke kan sies å stille strenge krav.⁹ Selv om henvisningen ikke synes nødvendig for resultatet, taler gode grunner for at den følges opp i senere saker. Etter mitt syn tilsier hensynene bak reglene til beskyttelse av bedriftshemmeligheter en nokså lav terskel, særlig når konkurransen er skarp og mye informasjon kan skaffes gjennom åpne kilder. Desto mer som er kjent for konkurrentene om en bedrifts resultater mv., desto viktigere er det å beskytte det lille som er hemmelig. Hemmelighetene er noe av det viktigste selskapene har å spille på i konkurransen, som igjen skal lede til effektiv ressursutnyttelse og lavere priser, for eksempel på flyreiser. I tillegg kommer selvsagt vern av tilliten mellom selskaper som står eller har stått i et bestemt kontraktsforhold.¹⁰ I motsatt retning trekker hensynet til innovasjon og utvikling.¹¹ Slike hensyn slår imidlertid ikke til i særlig grad for den bruken SAS Norge er domfelt for, se nedenfor under punkt 3.3–3.4.

SAS Norge-saken viser for øvrig at det er opplysningenes konkurransemessige betydning som blir avgjørende i vurderingen av om opplysningene er av en slik art at de utgjør forretningshemmeligheter. Oversiktene over hvor mange passasjerer som hadde bestilt billetter i ulike prisklasser på Norwegians enkeltflyvninger reduserte usikkerheten knyttet til Braathens' egne beslutninger om prisfastsetting mv. De fikk med andre ord et sikrere beslutningsgrunnlag når de skulle avgjøre om deres egen strategi skulle legges om eller fastholdes. Den lille gjenværende usikkerheten i det åpne flymarkedet ble tilnærmet fjernet ensidig, og uten en viss grad av usikkerhet for alle aktører kan konkurransen vanskelig bli virksom.

3.1.2 Kravet til hemmelighet

For at Braathens skulle kunne oppfylle forpliktelsene overfor Norwegian i henhold til avtalen om bistand til salg av billetter på Stavanger – Newcastle-ruta, måtte Norwegian gi Braathens tilgang til PNR-bilder for Norwegians flyvninger, og derigjennom LM-bilder. Slik tilgang gis gjennom en såkalt Extended Ownership Security-avtale (EOS-avtale), som gjør at oppdragstakeren (Braathens) kan komme inn på PNR- og LM-bildene til eieren (Norwegian) gjennom oppdragstakerens egen tilgang i Amadeus.

-
9. Stipendiat Irgens-Jensen, Institutt for privatrett, Universitet i Oslo, arbeider med en avhandling om rettslig vern av bedriftshemmeligheter.
 10. Kravet til lojalitet sto mer sentralt i Rt. 1997 s. 199, som gjaldt et rederi og et båtbyggeris bruk av tegninger mv. fra et ingeniørfirma de hadde samarbeidet med om 15 skip. Ingeniørfirmaet ble tilkjent erstatning som følge av brudd på markedsføringsloven § 7, se særlig s. 223–224.
 11. Jf. Konkurranselovkomiteens innstilling s. 49–51.

Den aktuelle EOS-avtalen var altså et pålegg fra Norwegian til Amadeus om å gi Braathens slik tilgang. Braathens var følgelig ikke part i den aktuelle EOS-avtalen, men avtalen hadde nødvendigvis virkninger for selskapet.

Særlig under henvisning til dette og til at Norwegian ikke sørget for å stenge Braathens' tilgang da avtalen om bistand til billettsalg opphørte i 2002, fremholdt SAS Norge for Høyesterett at kravet til hemmelighold ikke var oppfylt. Når Norwegian ved en aktiv handling (EOS-avtalen) hadde gitt Braathens tilgang til opplysningene, måtte Norwegian markere hemmeligholdet ved en aktiv handling – typisk stenge tilgangen. Høyesterett så det annerledes (avsnitt 26 og 27):

«Lagmannsretten fant ikke å kunne legge til grunn at Norwegian på noen uttrykkelig måte hadde markert at PNR-dataene skulle holdes hemmelige, men kom likevel til at Norwegianers krav på hemmelighold var tilstrekkelig markert. I den forbindelse uttalte retten at den anså det som bevist at de som opptrådte på vegne av Braathens, forsto at tilgangen ble gitt for at Braathens kunne utføre sine tjenester på en tilfredsstillende måte. På denne bakgrunn lå det i selve situasjonen at PNR-dataene som Braathens fikk tilgang til, utgjorde slike forretnings- eller bedriftshemmeligheter. Lagmannsretten la særlig vekt på at informasjonen lå i en database som det bare kunne gis tilgang til med samtykke fra Norwegian, og at dataene har kunnet gi grunnlag for utregning av informasjon som de aller fleste i flybransjen må ha ansett som ønskelig for det enkelte selskap å holde hemmelig. Det ble i denne vurderingen ikke lagt vekt på at Norwegian ikke hadde sørget for å stenge Braathens tilgang til Amadeus. Lagmannsretten fant det bevist at det ikke lå noen bevisst tanke bak denne unnlåtelsen, og at ingen i Braathens hadde hatt grunn til å tro at det gjorde det.

Jeg finner det etter dette klart at lagmannsretten har bygget på en riktig rettsanvendelse når den på denne bakgrunn er kommet til at PNR-dataene inneholdt forretnings- eller bedriftshemmeligheter for Norwegian.»

Uttrykket «lå det i selve situasjonen» midt i avsnitt 26 må antas å knytte seg til uttalelsen i Konkurranselovkomiteens innstilling s. 48 om at det er tilstrekkelig at kravet til hemmelighold «ligger klart i selve situasjonen», jf. ovenfor under punkt 2. Dette antas å være en nokså praktisk situasjon,¹² særlig ved utstrakt informasjonsutveksling gjennom elektroniske medier: Det er klart for begge parter at dette er sensitiv informasjon som eieren i størst mulig grad vil holde for seg selv, men han passer ikke så godt på som han ideelt sett burde. Det kan være illustrerende at i 2002, da Norwegian burde stengt tilgangen, var en hektisk oppstartsfas

12. RG 2006 s. 1518, som gjaldt bedriftsinterne opplysninger om en banks virksomhet, er et annet eksempel på at kravet til hemmelighold lå «klart i selve situasjonen». Se dommens punkt 4.2.3 med videre henvisning til tingrettens avgjørelse (TOSLO-2005-877).

for selskapets kommersielle drift. Hvilke hensyn tilsier at en oppdragstaker skal kunne utnytte en lapsus i en slik fase?

Vurderingstemaet bør kanskje i større grad være hvorvidt opplysningene er hemmelige, altså ikke alminnelig kjent, og ikke hvor mye eieren har gjort eller ikke gjort for å markere kravet til hemmelighold.¹³ Det synes best i tråd med hensynet til vern av tillit mellom næringsdrivende, herunder ønsket om å unngå ren snylting på konkurrenters innsats. Også ut fra hensynet til effektiv ressursutnyttelse vil det normalt være ønskelig at bedriftene selv utnytter selskapsesifikke planer, resultater, kundelister, produksjonsmetoder mv. til å fremstille best mulig produkt til lavest mulig pris.

Alle bedrifter bør under enhver omstendighet, på best mulig måte, søke å markere hemmelighold av opplysninger av konkurransesensitiv art. Dette gjelder først og fremst av hensyn til bedriften selv, men også for å unngå uklare situasjoner og fristelser for konkurrenter. Den totale nonchalanse kan vanskelig ha straffettslig vern.

3.2 Hadde man fått kjennskap til eller rådighet over opplysningene «i anledning et oppdrag fra» Norwegian?

Innholdet i LM-bildet i Amadeus endrer seg hele tiden ettersom det skjer nye flyvninger. Passasjerlista for hver flyvning slettes etter det opplyste etter ca. ett døgn. Opplysningene i LM-bildene for Norwegian-flyvninger som Braathens-ansatte brukte i 2003 og 2004, var derfor andre enn de som lå der per dato for avslutning av oppdraget knyttet til Stavanger – Newcastle-ruta i 2002. Det var for så vidt også poenget, idet det først var etter Stavanger – Newcastle-ruta at Norwegian startet flyvninger innenriks i konkurranse med Braathens. Før dette var det liten vits for Braathens å sammenlikne egne flyvninger med Norwegians.

Asker og Bærum tingrett kom til at Braathens ikke kunne sies å ha fått opplysningene i LM-bilder for flyvninger senere enn avslutningen av samarbeidet om Stavanger – Newcastle-ruta «i anledning oppdrag» fra Norwegian, fordi det aktuelle oppdraget da var avsluttet. SAS Norges hovedanførsel for Høyesterett var at tingrettens lovanvendelse var riktig. Det ble vist til uttalelser på s. 51 og 52 i Konkurranselovkomiteens innstilling, særlig følgende om bestemmelsen som ble til § 294 første ledd nr. 2:

«Den taushetsplikt som § 3, 2. ledd pålegger, vil først og fremst gjelde bedriftshemmeligheter som vedkommende som ledd i sitt arbeide

13. Etter taushetspliktregelelen i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 er vurderingstemaet kun om opplysningene er alminnelig kjent eller tilgjengelige andre steder, ikke om eieren har markert hemmelighold. Denne bestemmelsen skal imidlertid i sterkere grad enn straffeloven § 294 første ledd nr. 2 og 3 bare ivareta hensynet til eieren av opplysningene.

får kjennskap til. Men bestemmelsen går videre, idet taushetsplikten også skal omfatte det som vedkommende får kjennskap til, kanskje mer eller mindre tilfeldig, *på grunn* av sin stilling, men uten at det hører til hans egentlige arbeidsfelt. Derimot gjelder bestemmelsen ikke det tilfelle at en ansatt utenfor tjenesten får kjennskap til sin arbeidsgivers bedriftshemmelighet.»

Uttalelsen innebærer etter SAS Norges syn at hemmeligheten oppdragstakeren bruker må eksistere på det tidspunktet han innehar posisjon som oppdragstaker. Gjerningsinnholdet i nr. 2 og 3 er som nevnt ovenfor likt. Høyesterett ser ikke ut til å ha funnet særlig veiledning i Konkurranselovkomiteens innstilling for så vidt gjelder dette tolkningsspørsmålet (avsnitt 19):

«Jeg kan imidlertid ikke se at bemerkningene på side 51 og 52 i denne innstillingen, som SAS har trukket frem, kaster lys over den problemstilling som her foreligger.»

I avsnitt 20 uttalte førstvoterende med henvisning til Skeie¹⁴ at § 294 første ledd nr. 2 også omfatter hemmeligheter som oppstår etter ansettelsesforholdets opphør. Jeg forstår førstvoterende slik at eksempelet også har gyldighet for oppdragsforhold etter nr. 3. I den videre drøftelsen synes reelle hensyn å ha veid tungt (avsnitt 21):

«Jeg kan heller ikke se at det foreligger andre relevante rettskilder som tilsier at bestemmelsen på dette punkt bør tolkes innskrenkende. Reelle hensyn kan tvert i mot tale for at lojalitetsplikten som følger av oppdraget, og som begrunner regelen, også bør gjelde i tilfeller som det foreliggende. Det kan riktignok anføres at denne tolkningen vil medføre at oppdragstakere i denne henseende vil få en mer langvarig lojalitetsplikt enn ansatte på grunn av to-årsregelen som gjelder for disse. Dette er imidlertid en konsekvens av at bestemmelsene i § 294 første ledd nr. 2 og nr. 3 på dette punkt er forskjellig utformet, noe som har sammenheng med at bestemmelsen i nr. 2 kan ha en viss karakter av et yrkesforbud.»

SAS Norge-saken er med andre ord et nokså klassisk eksempel på rettskildebruk ved spørsmål om innskrenkende tolkning av straffebud: Dersom ikke ordlyd, forarbeider mv. trekker i en spesiell retning – i hvert fall ikke i retning av innskrenkning – blir hensynene bak reglene avgjørende. Jeg kan ikke på noen måte se at avgjørelsen strekker legalitetsprinsippet, slik SAS Norge var inne på i Høyesterett.

Økokrims svar på SAS Norges forståelse av det ovenfor gjengitte avsnittet fra s. 52 i Konkurranselovkomiteens innstilling var i korthet at det ikke sier mer enn at bestemmelsen i arbeidsforhold normalt ikke kommer til anvendelse når en ansatt får kjennskap til arbeidsgiverens bedriftshemmeligheter på fritiden – «utenfor tjenesten». Denne forståelsen støttes av at det i setningen før pre-

14. Jon Skeie, *Den norske strafferett, annet bind, Den spesielle del*, 1938, s. 493. Høyesteretts henvisning til s. 498 er formodentlig en feilskrift.

siseres at taushetsplikten gjelder alt vedkommende får kunnskap om eller rådighet over «*på grunn* av sin stilling» – også «mer eller mindre tilfeldig». Det er altså ikke krav om at man får hemmeligheten i anledning utførelsen av egne arbeidsoppgaver. I Braathens' tilfelle fikk man rådighet over informasjonen i anledning utførelsen av oppdraget knyttet til Stavanger – Newcastle-ruta. Bestemmelsen rekker følgelig vidt, men neppe til det man får tilgang på helt uavhengig av arbeidsforholdet/oppdraget. Høyesterett formulerer i avsnitt 17 kravet til årsakssammenheng mellom oppdraget og tilgangen til forretningshemmelighetene slik:

«Uten dette oppdraget hadde Braathens ikke hatt tilgang til disse dataene.»

Det må etter dette kunne legges til grunn at straffeloven § 294 første ledd nr. 3 ikke oppstiller noen begrensninger i tid verken for når hemmeligheten er fra eller for når den brukes, kun et krav til årsakssammenheng mellom oppdraget og tilgangen/rådigheten. Tidsbegrensningen vil ligge i at det fortsatt må dreie seg om en hemmelighet.¹⁵

3.3 Hva ligger i «bruk»?

Høyesterett sier seg i avsnitt 28 enig med SAS Norge i at det ikke er tilstrekkelig til overtredelse av § 294 første ledd nr. 3 at Braathens-ansatte har vært inne i LM-bildene og sett på passasjerlistene for de enkelte flyvningene. Det kreves noe mer for at det skal dreie seg om «bruk» i bestemmelsens forstand.

Lagmannsretten hadde imidlertid funnet at ledende ansatte i Braathens hadde brukt opplysningene i LM-bildene til blant annet å lage flere systematiske oversikter, for eksempel en kurve som sammenligner selskapenes prosentvise fordeling av passasjerer i sammenlignbare grupper av prisklasser for ruten Oslo – Evenes i juni 2003. Høyesterett uttalte (avsnitt 30):

«På bakgrunn av den beskrivelsen lagmannsretten her har gitt, finner jeg det *klart* at vilkåret om 'bruk' må anses oppfylt. Jeg viser også til at lagmannsretten i forbindelse med spørsmålet om straffansvar og straffutmåling uttalte at til tross for at 'dataene innebar bedriftshemmeligheter, valgte G og H å nyttiggjøre seg dem for å utvide sin innsikt, slik at de oppnådde et forbedret grunnlag for å bidra til adekvate beslutninger om Braathens ruteplanlegging og prisfastsetting'». (min kursivering)

Saken var med andre ord ikke et grensetilfelle for så vidt gjelder kravet «bruk». Jeg forstår avsnitt 28–30 i kjennelsen slik at bare det å se på/benytt tilgangen til hemmelighetene ikke vil være overtredelse, og neppe heller ren gjengivelse. Straffansvar er først

15. Bratholm/Matningsdal (red.), *Straffeloven med kommentarer Anden del. Forbrytelser*, 1995, s. 802 punkt 4.1.

aktuelt dersom opplysningene i det minste systemiseres, særlig om det gjøres for å skaffe seg et bedre beslutningsgrunnlag for egen drift. Etter mitt syn må det bevismessig normalt legges til grunn at sammenstillinger mv. er gjort for å få et bedre beslutningsgrunnlag, i hvert fall når de er utarbeidet av personer i stillinger i eller nær besluttsende selskapsorganer. Det har formodningen mot seg at slikt gjøres uten en grunn.

Undertiden må det kunne være nok at ikke systematiserte forretningshemmeligheter videreformidles gjennom e-post eller lignende, beroende på hvem som er mottaker.

I avsnitt 31 kommer Høyesterett med en uttalelse som er viktig for at det skal være mulig å føre bevis for straffskyld i saker som denne:

«Det må være tilstrekkelig for å anse bruksvilkåret for å være oppfylt at dataene har vært benyttet som en del av beslutningsgrunnlaget. Det er ikke noe krav om at tilgangen til bedriftshemmelighetene har ført til at det er truffet andre beslutninger enn det som ville skjedd dersom Braathens hadde vært uten tilgang til dem.»

Det ville gitt en nærmest umulig bevissituasjon om det skulle måtte føres bevis for at tilgangen til bedriftshemmelighetene hadde gjort at oppdragstakeren hadde truffet en annen beslutning enn ellers. Dette gjelder særlig om det krevdes at slik årsakssammenheng fremkom skriftlig. Nå er det slått uttrykkelig fast at det ikke er et slikt krav.

Det var for øvrig enighet mellom partene om at § 294 første ledd nr. 3 omhandler bruk av informasjon som sådan, uavhengig av hvordan denne er lagret (tegninger, papirdokumenter, elektronisk mv.).

3.4 Var bruken «uberettiget»?

Norwegian hadde ikke gitt samtykke til at Braathens kunne bruke opplysningene i LM-bildene som ovenfor beskrevet. Slik bruk var heller ikke i henhold til avtalen om bistand på Stavanger – Newcastle-ruta, og følgelig klart uten berettigelse (Høyesteretts kjennelse avsnitt 32):

«En bruk av de hemmelige dataene som et element i Braathens' strategibeslutninger i den konkurransesituasjon som forelå mellom selskapene, var åpenbart uberettiget i forhold til Norwegian.»

I nær sagt alle tilfeller må spørsmålet stilles slik Høyesterett synes å gjøre forutsetningsvis: Foreligger det en legitim grunn for bruken? I avkreftende fall er bruken uberettiget. Bruk av andres forretningshemmeligheter må ha en rettslig berettigelse.

Skeie synes å gi anvisning på en bredere vurdering.¹⁶ Han skriver at «uberettiget» innebærer at dommeren skal ta hensyn

16. Skeie s. 495–496.

til alle omstendigheter ved den aktuelle bruken. En slik bredere skjønnsmessig vurdering som nødvendigvis vil innebære å se hen til graden av klanderverdighet, er etter mitt syn neppe i godt svar med ordlyden og hensynene bak reglene. Også retstekniske hensyn og forutberegnlighetshensyn tilsier forståelse i større grad preget av enten/eller, særlig fordi det dreier seg om et straffebud.

Konkurranselovkomiteen presiserer på s. 52 i innstillingen at «ren privat utnyttelse kan være berettiget». Uttalelsen er inspirert av Knoph som gjør gjeldende at det bør være et straffbarhetsvilkår at «hemmeligheten anvendes i *konkurranse med* bedriften, slik at denne virkelig lider skade ved det».¹⁷ Disse uttalelsene er nok farget av at § 294 første ledd nr. 2 gjelder ansatte. Ren privat utnyttelse eller annen bruk av bagatellmessig karakter vil sjelden eller aldri være et mulig bevisvurderingsresultat i næringsforhold, altså i saker etter nr. 3. Der er spørsmålet om bruken er i henhold til avtale eller annet rettslig grunnlag, og det har formodningen for seg at hemmeligheten brukes i konkurranse, jf. punkt 3.3.

4 Straffeloven § 48 a og b

Ut fra særlig handlingenes grove karakter og hvem som hadde begått dem, liten oppdagelsesrisiko og dertil preventive hensyn fant Høyesterett at det var grunnlag for foretaksstraff overfor SAS Norge (avsnitt 36):

«Jeg finner det klart at det i dette tilfellet bør anvendes foretaksstraff. Det foreligger en langvarig og grov utnyttelse av Norwegians bedriftshemmeligheter. Forholdet er begått av ledende ansatte i Braathens for å fremme foretakets interesser. Det gjelder en type straffbare handlinger som det er vanskelig å oppdage, og det må antas at den preventive effekt av å anvende foretaksstraff i slike tilfeller vil kunne være betydelig.»

Økokrims straffepåstand i lagmannsretten var åtte millioner kroner i bot. Til behandling i Høyesterett var også Økokrims anke over lagmannsrettens fastsettelse av boten til fire millioner kroner.

Førstvoterende i Høyesterett fant «utmålingen av boten vanskelig» (avsnitt 38). Uttalelsen har etter mitt syn gyldighet for foretaksstraff som sådan. Påtalemyndighet og domstoler synes ikke å ha funnet frem til en noenlunde fast og entydig måte å avveie momentene i straffeloven § 48 b på. En grunn kan være at det i saker mot foretak er vanskelig å finne tidligere saker som er tilstrekkelig like til å gi god veiledning. I tillegg er foretakssakene langt færre enn sakene mot person, og selskapene er gjerne nokså ulike. Ut fra preventive hensyn ligger bøtenivået etter mitt syn

17. Ragnar Knoph, Bedriftshemmeligheters rettsbeskyttelse, *Forhandlingsemne ved det sekstende nordiske juristmøte*, 1934, s. 28.

nokså lavt, særlig i saker mot store foretak.¹⁸ Det ligger imidlertid utenfor rammen av denne artikkelen å drøfte dette nærmere.

Videre la Høyesterett vekt på at skadepotensialet for Norwegian var stort, særlig fordi Norwegian på tidspunktet for de straffbare handlingene var i oppstartsfasen for kommersiell flyvning innenriks (avsnitt 38):

«Lagmannsretten uttaler at det fremstår som uklart om og i hvilken utstrekning bruken av dataene har skadet Norwegian i form av dårligere driftsresultater eller ført til at Braathens har fått bedret sitt resultat. Det må likevel etter mitt syn legges betydelig vekt på at den uberettigede bruken av PNR-dataene til ledende ansatte i Braathens under gitte omstendigheter kunne ha fått meget store negative virkninger for Norwegian. Det må i den forbindelse fremheves at Norwegian på dette tidspunktet var i en meget sårbar oppstartingsperiode.»

I formildende retning ble det lagt noe vekt på fornærmedes forhold:

«Jeg er enig med lagmannsretten i at det ved utmålingen bør legges en viss – om enn begrenset – vekt på at det straffbare forhold (avsnitt 39) har sin bakgrunn i at Norwegian unnlot å stanse Braathens tilgang til PNR-dataene etter at oppdraget i anledning Stavanger – Newcastle var slutført.»

Høyesterett stadfestet etter dette boten på fire millioner kroner, selv om saken gjaldt «en meget alvorlig overtredelse av straffeloven § 294 første ledd nr. 3» (avsnitt 40).

5 Avsluttende merknader

Justisdepartementet arbeider nå med spesiell del til ny straffelov. Straffelovkommisjonen har i NOU 2002 nr. 4 Ny straffelov delutredning VII punkt 9.9.2 foreslått en bestemmelse som i det vesentlige viderefører § 294 første ledd nr. 2 og 3 og § 405 a, samt tar opp i seg markedsføringsloven § 7.¹⁹

SAS Norge-saken og drøftelsene ovenfor viser at det nok bør gis noe nærmere føringer for en del sentrale vurderingstemaer etter straffebudene om vern av bedriftshemmeligheter, dersom ønsket er mer straffeforfølgning på dette området. Det kan blant annet bli klarere hva som skal til for at opplysninger er brukt, og hva som gjør bruk uberettiget. Videre bør kravet til markering av hemmelighold for bedriftshemmeligheter muligens undergis en nærmere vurdering. Er det tilstrekkelig grunn til å oppstille et slikt krav, eller bør spørsmålet heller være om opplysningene er alminnelig kjent? Ofte vil nok det siste uansett være et resultat av at hem-

18. SAS Norge hadde en omsetning på 10,8 milliarder kroner og et driftsresultat på 259 millioner kroner i 2006.

19. I Sverige er det gitt en egen lov til beskyttelse av forretningshemmeligheter (Lag 1990: 409 om skydd för företagshemligheter av 31. mai 1990).

melighold er markert. I alle tilfelle bør det angis noe nærmere når kravet til hemmelighold «ligger klart i selve situasjonen».²⁰ Etter SAS Norge-saken er det imidlertid helt klart at det ikke gjelder et krav om at hemmelighetene som brukes må eksistere under oppdragets løpetid. De kan også ha oppstått etterpå. Det avgjørende er om tilgangen til opplysningene skyldes oppdraget.

For så vidt gjelder tydeliggjøring av reglenes formål og anvendelsesområde synes det, etter min mening, riktig å ta bestemmelsen inn i et kapittel med overskrift à la Straffelovkomisjonens forslag «Vern av informasjon og informasjonsutveksling». Dagens § 294 står (noe upedagogisk) i kapittelet om skadeverk.

20. Jf. Konkurranselovkomiteens innstilling s. 48.