



## Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2022-91877

Instans	Borgarting lagmannsrett – Dom
Dato	2023-10-09
Publisert	LB-2022-91877
Stikkord	Erstatningsrett. Erstatning. Vederlag. Markedsføringsloven § 25, § 28 og § 48b. Forretningshemmelighetsloven § 3 og § 8. Åndsverkloven § 24 og § 81. Aksjeloven § 17-1.
Sammendrag	Et helsebemanningsfirma fremmet krav på erstatning og vederlag. De tre saksøkte var henholdsvis et konkurrerende selskap, en ansatt og en tidligere daglig leder i det konkurrerende selskapet. Som ansvarsgrunnlag ble det påberopt illojale konkurransehandlinger i form av virksomhet for det konkurrerende selskapet før opphør av ansettelsesforholdene i saksøkerfirmaet. Det ble også påberopt inngrep i forretningshemmeligheter og databasevern, ved at opplysninger ble hentet fra saksøkers database og brukt i det konkurrerende firmaet. Videre ble det anført brudd på kravet til god forretningsskikk. Lagmannsretten kom til at det forelå ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. Det konkurrerende firmaet kunne holdes ansvarlig i medhold av skadeserstatningsloven § 2-1. Handlingene falt ikke utenfor hva det var rimelig grunn til å regne med. De to øvrige ble holdt ansvarlige for egen medvirkning. Saken var delt, slik at utmålingen av kravets størrelse var utsatt.
Saksgang	Oslo tingrett TOSL-2021-121934 – Borgarting lagmannsrett LB-2022-91877 (22-091877ASD-BORG/02).
Parter	Konstali Helsenor AS (advokat Camilla Sophie Vislie, advokat Helene Charlotte Bjørge og advokatfullmektig Tina Leikvoll Flaglien) mot A og B (for disse: advokat Josefine Ardem) og Start Medical AS (advokat Alexander Robin Mollan og advokat Josefine Ardem).
Forfatter	Lagdommer Espen Sandvik, lagdommer Jørgen Monn og ekstraordinær lagdommer Randi Carlstedt.
Sist oppdatert	2024-01-29

## Innholdsfortegnelse

<b>Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2022-91877 .....</b>	<b>1</b>
<b>Innholdsfortegnelse.....</b>	<b>2</b>
<b>Sakens bakgrunn .....</b>	<b>3</b>
<b>Den ankende part, Konstali Helsenor AS, har i hovedtrekk anført: .....</b>	<b>5</b>
<b>Ankemotpartene, Start Medical AS, A og B, har i hovedtrekk anført:.....</b>	<b>6</b>
<b>Lagmannsrettens syn på saken.....</b>	<b>8</b>
<b>1. Innledning .....</b>	<b>8</b>
<b>2. Ansvarsgrunnlag basert på inngrep i Helsenors forretningshemmeligheter.....</b>	<b>8</b>
<b>2.1 Er det gjort inngrep i Helsenors forretningshemmeligheter? .....</b>	<b>8</b>
<b>2.1.1 Hvilken lov som får anvendelse.....</b>	<b>8</b>
<b>2.1.2 Hva kan anses som bedriftshemmeligheter/forretningshemmeligheter? .....</b>	<b>9</b>
<b>2.1.3 Inneholdt Helsenors database bedriftshemmeligheter/forretningshemmeligheter? .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1.3 Har det funnet sted en rettstridig utnyttelse av Helsenors bedriftshemmeligheter eller forretningshemmeligheter?.....</b>	<b>11</b>
<b>a. Innledning .....</b>	<b>11</b>
<b>b. Inngrepsvurderingen: Cs handlinger.....</b>	<b>11</b>
<b>c. Inngrepsvurderingen: As handlinger .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 Kan ankemotpartene holdes ansvarlige for utnyttelsen? .....</b>	<b>14</b>
<b>2.2.1 Innledning.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2.2 Ansvar for Start Medical .....</b>	<b>14</b>
<b>2.2.3 Ansvar for A og B .....</b>	<b>14</b>
<b>2.3 Årsakssammenheng .....</b>	<b>16</b>
<b>3. Ansvarsgrunnlag basert på inngrep i databasevernet .....</b>	<b>16</b>
<b>3.1 Har Konstali-applikasjonen databasevern? .....</b>	<b>16</b>
<b>3.2 Er det gjort inngrep i Helsenors database? .....</b>	<b>17</b>
<b>3.3 Kan ankemotpartene holdes ansvarlige for inngrepet i Helsenors database? .....</b>	<b>17</b>
<b>3.4 Årsakssammenheng .....</b>	<b>18</b>
<b>4. Ansvarsgrunnlag basert på markedsføringslovens krav til god forretningsskikk.....</b>	<b>18</b>
<b>5. Ansvar i tilknytning til E .....</b>	<b>18</b>
<b>6. Ansvar for 14 helsevikarer .....</b>	<b>19</b>
<b>7. Oppsummering og konklusjon for kravet på vederlag og erstatning.....</b>	<b>19</b>
<b>8. Forbudskravet .....</b>	<b>20</b>
<b>9. Sakskostnader .....</b>	<b>20</b>

Saken gjelder krav på vederlag, erstatning og forbud mot bruk av opplysninger.

## Sakens bakgrunn

Ankende part, Konstali Helsenor AS («Helsenor»), er et helsebemanningsselskap. Selskapet ble stiftet i 2007 og tilbyr vikarer til ulike oppdrag innen helsesektoren. Helsenor hadde 379 ansatte og en omsetning på 163 millioner kroner i 2020.

Helsenor benytter i sin virksomhet en egenutviklet programvare med tilhørende database, kalt Konstali-applikasjonen (heretter også kalt «databasen»). I Konstali-applikasjonen registreres opplysninger om helsepersonell som kan være aktuelle for vikaroppdrag. Dette omfatter vikarenes CV, deres kvalifikasjoner og autorisasjoner, kontaktinformasjon som telefonnummer og e-postadresse, oppdragshistorikk og lønninger, samt uttalt interesse og tilgjengelighet for vikaroppdrag. Opplysninger kan registreres av både vikarene selv og av Helsenor. I Konstali-applikasjonen registreres også opplysninger om Helsenors oppdragsgivere, herunder kontaktpersoner og kontaktinformasjon, ledige og inngåtte oppdrag, samt varighet og pris på oppdragene. Konstali-applikasjonen brukes også som et arbeidsverktøy til blant annet timeføring, oppdragsfordeling, administrasjon av reiser og bosted for vikarene, og som grunnlag for masseutsendelser av e-poster til vikarer med informasjon om ledige oppdrag.

Ankemotpart nr. 1, Start Medical AS, ble stiftet 28. april 2020. Start Medical er et helsebemanningsselskap og en konkurrent til Helsenor.

Start Medical ble stiftet som et samarbeid mellom ankemotpart nr. 2, B, ankemotpart nr. 3, A, og C. Sistnevnte var tidligere part i saken gjennom regressøksmålet som omtales nærmere nedenfor.

Både A og C var ansatt som personalmeglere i Helsenor da Start Medical ble stiftet. A var ansatt i Helsenor frem til 6. juli 2020 og C frem til 21. september 2020. De startet formelt ansettelsesforhold i Start Medical henholdsvis 29. mai og 1. juni 2020, med stillingsprosent på 5 prosent hver. A mottok likevel fra og med 1. juni lønn på nivå med en fulltidsstilling. Stillingsprosentene økte til 100 prosent fra 25. september 2020 for C og 1. oktober 2020 for A.

B har aldri vært ansatt i Helsenor og hadde ingen erfaring fra helsebemanningsbransjen. Han har i hele perioden hatt fulltidsjobb hos en annen arbeidsgiver ved siden av virksomheten for Start Medical. B mottok heller ikke lønn fra Start Medical i startfasen, men førte timeregnskap for å dokumentere opptjente lønnsrettigheter.

Den avtalte rollefordelingen mellom stifterne av Start Medical gikk i hovedsak ut på at B skulle ta seg av administrative oppgaver, mens A og C skulle ta seg av personalmeglingen.

B var ved oppstart av Start Medical registrert som eneeier, styreleder og daglig leder i selskapet. En avtale inngått 1. juni 2020 ga A opsjon på kjøp av 33 prosent av aksjene i Start Medical og C opsjon på kjøp av 34 prosent av aksjene. Opsjonsavtalen ble aldri gjennomført.

A kjøpte 80 prosent av aksjene i Start Medical den 7. september 2021 fra B. A overtok i 2021 også rollen som daglig leder og styreleder i Start Medical fra B. C ble sagt opp av Start Medical 27. november 2020, mens han fortsatt var i prøvetiden. Han gikk 11. desember 2020 tilbake til en stilling i Helsenor.

Helsenor gikk 18. februar 2021 til søksmål mot Start Medical, B og A med krav om erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap. Kravet på erstatning for ikke-økonomisk tap ble senere frafalt. Søksmålet for tingretten ble senere utvidet til å omfatte krav på overføring av fremtidige kontrakter og offentliggjøring av dommen.

Som ansvarsgrunnlag ble det dels påberopt illojale konkurransehandlinger fra A og C, i form av arbeid for Start Medical mens de to fortsatt var ansatt i Helsenor. Det ble også påberopt at A rettsstridig hadde hentet ut opplysninger fra Helsenors Konstali-applikasjon for å bruke disse i Start Medicals virksomhet, både før og etter at A sluttet i Helsenor.

Tapet som ble krevet erstattet for tingretten, gjaldt dels tapt omsetning for Helsenor for 21 vikarer som Start Medical engasjerte i perioden juni – august 2020. Samlet omsetning for Start Medical for disse vikarene var i perioden juni – november 2020 på 8 387 875 kroner. Det ble også krevet erstatning for Helsenors kostnader med å ha dekket husleien for enkelte vikarer i et tidsrom der disse tok oppdrag for Start Medical. Det ble videre krevet erstatning for tiden D i Helsenor hadde brukt på rettsaken, samt for markedsforstyrrelser og kostnader

til uthenting av en logg. I tillegg krevde Helsenor lisensavgift eller vederlag for Start Medicals bruk av uthenting og bruk av data fra Konstali-applikasjonen.

Ankemotpartene bestred ansvar. I tilsvaret inngitt 16. mars 2021 til tingretten, gikk de til regressøksmål mot C for det tilfellet at de skulle bli dømt i saken mot Helsenor. Tingretten besluttet 13. april 2021 at regressøksmålet kunne trekkes inn i saken etter reglene om subjektiv kumulasjon i tvisteloven § 15-2.

Oslo tingrett avsa 21. mars 2022 dom med slik domsslutning:

I sak 21-027342TVI-TOSL/03 og sak 21-121934TVI:

1. Start Medical AS, B og A dømmes i fellesskap til å betale 470 000-firehundreogsyttitusen- kroner i erstatning til Konstali Helsenor AS for vikarkontrakter med tillegg av lovens forsinkelsesrenter regnet fra 01.10.2020. Beløpet forfaller til betaling 2-to-uker etter at dommen er forkynt.
2. Start Medical AS, B og A dømmes i fellesskap til å betale 51 000-femtientusen-kroner til Konstali Helsenor AS i erstatning for husleiekostnader. Beløpet forfaller til betaling 2-to-uker etter at dommen er forkynt.
3. Start Medical AS, B og A frifinnes for erstatning for interne kostnader som D har brukt i forbindelse med denne saken.
4. Start Medical AS, B og A frifinnes for kravet fra Konstali Helsenor AS om vederlag/lisensavgift for kalenderåret 2020 og 2021.
5. Start Medical AS, B og A frifinnes for kravet fra Helsenor om erstatning for markedsforstyrrelser.
6. Start Medical, B og A frifinnes for krav om overføring av fremtidige kontrakter til Konstali Helsenor og offentliggjøring av dom på Start Medicals regning.
7. Konstali Helsenor AS, dømmes til å betale Start Medical AS, B og A sakskostnader med 1 393 078 – enmilliontrehundreogtrettitusenogsyttiåtte- kroner. Beløpet forfaller til betaling 2-to-uker etter at dommen er forkynt.

I regressøksmålet og søksmål mellom Start Medicals og C:

1. C dømmes til å betale 173 666-hundreogsyttitretusensekshundreogsekstiseks-kroner til Start Medical AS, A og B i fellesskap, som en forholdsmessig andel av beløpet Start Medical AS, A og B er dømt til å betale i hovedsøksmålet. Beløpet forfaller til betaling 2-to-uker etter at dommen er forkynt.
2. C dømmes til å betale til Start Medical AS, B og A i fellesskap 66 666-sekstisekstusensekshundreogsekstiseks-kroner som en forholdsmessig del av sakskostnadene Start Medical AS, B og A er dømt til å dekke i Hovedsøksmålet. Beløpet forfaller til betaling 2-to-uker etter at dommen er forkynt.
3. C dømmes til å betale erstatning til Start Medical AS, A og B i fellesskap med 40 000-førtitusen-kroner. Beløpet forfaller til betaling 2-to-uker etter at dommen er forkynt.
4. Start Medical AS, A og B frifinnes for kravet om erstatning fra C på 60 000-sekstitusen-kroner.
5. C, dømmes til å betale Start Medical AS, B og A i fellesskap sakskostnader med kr. 111 250-hundreogellevetusentohundreogfemti-kroner. Beløpet forfaller til betaling 2-to-uker etter at dommen er forkynt.

C anket dommen i regressøksmålet, men trakk senere anken. Ankesaken om regresskravet ble hevet ved lagmannsrettens kjennelse av 8. november 2022.

Helsenor har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Hovedsynspunktet i anken er, at selskapet har krav på større erstatning eller vederlag enn tilkjent av tingretten.

Det har i etterkant av tingrettsbehandlingen funnet sted en betydelig utvikling vedrørende sakens tvistetema.

Dels er flere av de tvistepunkter som ble behandlet av tingretten, ikke lenger tema i saken. Anken over dommen i regressøksmålet mot C ble som nevnt trukket. De tapsposter Helsenor ble tilkjent erstatning for i tingrettens dom, er ikke del av ankesaken, ettersom ankemotpartene ikke har bestridt dette erstatningsansvaret i ankeomgangen. Helsenor har på sin side ikke anket over frifinnelsen for kravene om offentliggjøring av dommen, overføring av kontrakter og erstatning for markedsforstyrrelser. Helsenor anfører heller ikke lenger at

opplysningene i databasen var beskyttet som åndsverk, jf. åndsverkloven § 3, eller at reglene om produktetterlikning i markedsføringsloven § 30 får anvendelse.

Det har imidlertid tilkommet en rekke nye tvistepunkter til saken i etterkant av tingrettens behandling, både med tanke på ansvarsgrunnlaget og kravet.

I prosesskriv av 2. september 2022 anførte Helsenor at ankemotpartene har brutt kravet til god forretningsskikk i markedsføringsloven § 25. Ved lagmannsrettens kjennelse av 9. november 2022 ble det avgjort at dette ikke kunne anses som et nytt krav, bare som et nytt påstandsgrunnlag. Det var ikke grunnlag for å avvise det nye påstandsgrunnlaget. I samme kjennelse avgjorde lagmannsretten også at Helsenors krav for lagmannsretten om lisensavgift ikke var nytt i saken, og derfor at heller ikke dette skulle avvises.

Helsenor har som en annen ny anførsel for lagmannsretten påberopt seg at opplysningene som ble hentet ut av Konstali-applikasjonen har vern etter lov om forretningshemmeligheter. I kjennelse av 7. juli 2023 tok lagmannsretten ikke stilling til om denne anførselen innebar et nytt krav eller bare et nytt rettsgrunnlag. Lagmannsretten fant at spørsmålet om inngrep i forretningshemmeligheter uansett skulle behandles, jf. tvisteloven § 29-4 andre ledd bokstav d.

Helsenor har for lagmannsretten fremmet krav på vinningsavståelse med grunnlag i åndsverkloven § 81 c. I lagmannsrettens kjennelse av 9. november 2022 ble dette først avvist som et nytt krav for lagmannsretten. I Høyesteretts kjennelse av 7. februar 2023 ble lagmannsrettens kjennelse opphevet, slik at kravet om vinningsavståelse nå inngår i saken. Høyesterett uttalte at kravet på vinningsavståelse ikke var nytt, men i prosessuell forstand samme krav som det tidligere fremsatte erstatningskravet.

Den 15. mars 2023 fremmet Helsenor et nytt krav for lagmannsretten, om at ankemotpartene skal forbyes å bruke visse opplysninger hentet fra Helsenors database. Kravet var opprinnelig begrenset til å gjelde ankemotpartenes bruk av «vesentlige deler» av innholdet i databasen. Det ble i prosesskriv 23. august 2023 utvidet til å gjelde enhver bruk av «opplysninger om kunder, vikarer og andre oppdragsopplysninger», uavhengig av om bruken omfatter «vesentlige deler» av databasen. Under ankeforhandlingen ble uttrykket «andre oppdragsopplysninger» i påstanden endret til «oppdragsopplysninger».

Det har også tilkommet nye anførsler fra Helsenor vedrørende omfanget av den bruken Start Medical og dets representanter skal ha gjort av Helsenors database. I korte trekk går de nye anførselene på at uttrekket og bruken av opplysninger fra databasen var langt større enn antatt da saken gikk for tingretten.

Lagmannsretten besluttet den 16. mars 2023 at avgjørelsen av utmålingen av et eventuelt krav skal utsettes, jf. tvisteloven § 16-1 andre ledd andre punktum. Beslutningen var basert på partenes enighet om dette.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Ankeforhandling er holdt 18. – 20. september 2023 i Borgarting lagmannsretts hus. Saken var opprinnelig berammet 3. – 5. mai 2023, men ble utsatt som følge av blant annet ankende parts bytte av prosessfullmektig. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og det ble avgitt tre partsforklaringer. Det ble avhørt fem vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

## **Den ankende part, Konstali Helsenor AS, har i hovedtrekk anført:**

Det er grunnlag for kravet på vederlag og erstatning.

Ansvar kan dels baseres på forretningshemmelighetsloven. Opplysningene i Konstali-applikasjonen om vikarer, kunder og oppdrag, er forretningshemmeligheter, jf. lovens § 2. Det ble dels gjort inngrep i disse forretningshemmelighetene ved at A, mens han fortsatt var ansatt i Helsenor, hentet ut opplysninger fra Konstali-applikasjonen, jf. lovens § 3 annet ledd bokstav b. Det ble videre gjort inngrep ved at A, etter at han hadde sluttet i Helsenor, hentet ut opplysninger fra Konstali-applikasjonen etter å ha logget seg inn ved bruk av forskjellige vikarers brukernavn og passord, jf. lovens § 3 første ledd bokstav a. Det fant også sted inngrep ved at C hentet ut opplysninger fra Konstali-applikasjonen som han sendte over til A i e-poster i perioden juni-august 2020, mens C fortsatt var ansatt i Helsenor. Cs oversendelser til Medina rammes av § 3 annet ledd bokstav b for så vidt gjelder C, og § 3 tredje ledd for så vidt gjelder A. Ytterligere inngrep fant sted ved at e-postadresser og vikarprofiler som C hadde hentet fra Konstali-applikasjonen, ble importert til henholdsvis Start Medicals e-post applikasjon Mailmojo og Start Medicals database Recman høsten 2020, jf. lovens § 3 tredje

ledd. Opplysningene som ble hentet fra Konstali-applikasjonen på ulike måter som nevnt, ble brukt i virksomheten til Start Medical.

Overtredelsene var forsettlig, eller i det minste uaktsomme. Helsenor har krav på vederlag for inngrepet, jf. forretningshemmelighetsloven § 8. Det foreligger årsakssammenheng mellom kravet og inngrepet i forretningshemmelighetene.

Ansvar kan også baseres på databasevernet i åndsverkloven § 24. Konstali-applikasjonen er resultatet av en «vesentlig investering». Det ble gjort inngrep i databasen ved at C hentet ut 653 fullstendige vikarprofiler og til sammen 19 350 e-postadresser til helsefagarbeidere, sykepleievikarer og kunder, som han deretter importerte til Start Medical høsten 2020. Importen av opplysningene innebar et «uttrekk» av en «vesentlig del» av Helsenors database. Uttrekket omfattet i praksis alle opplysningene av kommersiell verdi i databasen i 2020. Subsidiært anføres at det er foretatt gjentatte og systematiske uttrekk eller gjenbruk av uvesentlige deler av databasen, jf. åndsverkloven § 24 annet ledd.

A og B medvirket til Cs uttrekk fra databasen. De var kjent med hva C gjorde og at opplysningene kom fra Helsenor. Bruddet på åndsverkloven § 24 var forsettlig, eller i det minste grovt uaktsomt, jf. åndsverkloven § 81. Helsenor har krav på vederlag. Det foreligger årsakssammenheng mellom vinningskravet og inngrepet i databasevernet.

Ansvar kan også baseres på brudd på markedsføringsloven § 25. Ankemotpartenes handlemåte innebærer en bevisst og illojal snylting på Helsenors innsats, investeringer og resultater. Ved brudd på markedsføringsloven § 25 er det grunnlag for krav på vederlag eller erstatning etter ulovfestet rett. Start Medical, A og B har handlet forsettlig, og i det minste uaktsomt. Det er årsakssammenheng mellom bruddet og kravet.

Tingretten skulle ha lagt til grunn at det ble utvist ansvarsbetingende illojalitet ved rekrutteringen av vikaren E, på samme måte som for de 20 andre vikarene. Tingretten la til grunn at E ikke hadde oppdrag for Start Medical før i oktober 2020, men det riktige er at han ble rekruttert av A og utførte oppdrag for Start Medical allerede i juni 2020, mens A ennå var ansatt i Helsenor. Dette er et brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold, alternativt markedsføringsloven § 25.

Helsenor krever vederlag for vinningen Start Medical har oppnådd ved den illojale rekrutteringen av de 14 vikarene som Helsenor ikke ble tilkjent erstatning for i tingretten. Det foreligger årsakssammenheng til Start Medicals vinning fra utleie av disse 14 vikarene.

Start Medical er erstatningsansvarlig på grunnlag av skadeserstatningsloven § 2-1 og det ulovfestede organansvaret. B og A er ansvarlig for direkte inngrep og brudd, eventuelt medvirkning til dette. B er også ansvarlig som daglig leder, styreleder og eier etter aksjeloven § 17-1.

Ankemotpartene må forbys å bruke opplysninger om kunder, vikarer og oppdragsopplysninger hentet fra Helsenors database, jf. åndsverkloven § 78 første ledd og forretningshemmelighetsloven § 5 første ledd. Det er gjort inngrep i Helsenors rettigheter, og inngriperen kan da ved dom forbys å gjenta handlingen. Det samme gjelder ved brudd på markedsføringsloven § 25, selv om det ikke finnes en uttrykkelig hjemmel for dette i loven. Et forbud er ikke betinget av at inngrepet eller bruddet fortsatt pågår. Opplysningene som Start Medical urettmessig tilegnet seg, befinner seg fortsatt i selskapets database.

Det er nedlagt slik påstand:

- 1 Start Medical AS, B og A forbys å bruke opplysninger om kunder, vikarer og oppdragsopplysninger hentet fra Konstali Helsenor AS' database.
- 2 Start Medical AS, B og A er én for alle, alle for én ansvarlig for å betale erstatning eller vederlag til Konstali Helsenor AS.
- 3 Konstali Helsenor tilkjennes sakens omkostninger.

### **Ankemotpartene, Start Medical AS, A og B, har i hovedtrekk anført:**

Helsenor har ikke krav på vederlag eller erstatning utover det som ble tilkjent av tingretten.

Det er ikke grunnlag for ansvar etter forretningshemmelighetsloven. Opplysningene C kopierte fra Helsenors database er ikke hemmelige, og dermed heller ikke forretningshemmeligheter i lovens forstand. Opplysningene

baserer seg på lister over helsepersonell og oppdragsgivere som er lett tilgjengelige i det offentlige rom for alle aktører i helsebemanningsbransjen. De har ikke kommersiell verdi i egenskap av å være hemmelige.

Dersom C gjorde inngrep i Helsenors forretningshemmeligheter, har A og B uansett ikke medvirket til eller vært kjent med dette. A og B fikk ikke vite at C hadde kopiert lister fra Helsenor og importert disse til Start Medical før dette ble avdekket våren/sommeren 2023. C opptrådte på egenhånd. Han hentet ut dataene fra Helsenor allerede i 2015. Cs forklaring for lagmannsretten om hva A og B skal ha kjent til, er ikke troverdig. C er nå ansatt i Helsenor, og Helsenor har dekket erstatningsbeløpet C ble dømt til å betale i tingretten. D i Helsenor har forfattet de e-poster og prosesskriv som er sendt av C i tilknytning til saken.

A har ikke gjort inngrep i Helsenors forretningshemmeligheter. Hans aktiviteter i Konstali-applikasjonen mens han fortsatt var ansatt i Helsenor, skjedde for å utføre arbeidsoppgaver for Helsenor. Ikke alle de omtvistede innloggingene som fant sted etter at A hadde sluttet i Helsenor, ble utført av A selv. Han logget kun inn enkelte ganger ved bruk av vikarprofiler for å hjelpe vikarene med deres CV. Innlogging via vikarprofiler gir ikke tilgang til forretningshemmeligheter, kun informasjon om vikarens CV, timelister og oppdrag.

B var ikke kjent med As innlogginger og kan dermed uansett ikke holdes ansvarlig for disse.

Helsenor har uansett ikke sannsynliggjort at et eventuelt inngrep i selskapets forretningshemmeligheter står i årsakssammenheng med noe tap eller vinning som kan gi grunn for et krav. Dersom retten kommer til at Cs handlinger utgjør inngrep i forretningshemmelighetsloven § 3, aksepterer Start Medical å slette opplysningene C har importert i Recman og MailMojo.

Det er ikke grunnlag for ansvar basert på åndsverkloven § 24. Det er ikke dokumentert at Helsenors database har databasevern, i hvert fall ikke for den delen som bare består av e-postadresser. Helsenor har ikke redegjort tilstrekkelig for at applikasjonen er resultatet av en vesentlig investering. Cs uttrekk omfatter uansett ikke «vesentlige» deler av Helsenors database på 50 000 vikarer. Importen til Start Medical gjaldt e-postadresser for 3 673 sykepleier og 511 helsefagarbeidere. Dersom Helsenors anslag legges til grunn, gjaldt importen 16,75 prosent av helsefagarbeiderne og 30,79 prosent av sykepleierne. Ingen e-postadresser til kunder ble importert. Vesentlighetskravet innebærer krav om uttrekk av mer enn 50 prosent av opplysningene. Uttrekket fant sted i 2015. Det har heller ikke funnet sted gjentatte og systematiske uttrekk av uvesentlige deler av databasen. Alternativet med gjenbruk av opplysninger er ikke aktuelt, da dette forutsetter at dataene gjøres tilgjengelige for andre.

B, A og Start Medical har uansett ikke skyld i eller kjente til Cs eventuelle inngrep i databasevernet, jf. åndsverkloven § 81. Verken B eller A medvirket til Cs uttrekk eller import. De kan ikke klandres for at de stolte på C.

Det er ikke grunnlag for forbudskravet etter åndsverkloven § 78, da det ikke har funnet sted noe inngrep etter § 24. Start Medical har uansett tilbudt Helsenor å slette opplysningene i MailMojo og Recman, og kan ikke bruke opplysningene når de slettes. Helsenor har bedt Start Medical om ikke å slette opplysningene frem til lagmannsrettens avgjørelse foreligger.

Det er ikke grunnlag for ansvar basert på markedsføringsloven § 25. At de 14 vikarene har hatt oppdrag for Start Medical, står ikke i årsakssammenheng til det fremsatte kravet. Vikarene var misfornøyde med Helsenor og ville ikke jobbe for Helsenor uansett, og E er A fetter. As innlogginger var ikke illojale.

B er ikke i noe tilfelle ansvarlig for Helsenors krav. Han var uvitende om de rettsbrudd C og A eventuelt foretok seg, og har ikke utvist uaktsomhet eller skyld, jf. aksjeloven § 17-1. B hadde fulltidsjobb i et annet selskap og ingen erfaring fra helsebemanningsbransjen. Han skulle ta seg av administrative forhold, og måtte kunne stole på at de andre som hadde ansvar for bemanningsvirksomheten og erfaring med dette håndterte den delen av virksomheten på rettmessig måte. Selskapet var i en oppstartsfase der driften ikke stod i fokus. De påberopte handlingene ligger uansett utenfor daglig leder, styreleder og aksjonærs ansvarsområde å etterse.

Start Medical hefter ikke for Cs erstatningsbetingende handlinger. Det dreier seg om forsettlig handlinger i strid med de instruks C var gitt. C har gått utenfor det som det var rimelig å regne med for Start Medical, jf. skadeserstatningsloven § 2-1 annet ledd annet punktum.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Start Medical AS, A og B frifinnes.
2. Tingrettens avgjørelse om sakskostnader stadfestes.

### 3. Start Medical AS, A og B tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

## Lagmannsrettens syn på saken

### 1. Innledning

Lagmannsretten skal ta stilling til om anke mot partene er ansvarlige for Helsenors krav på vederlag og erstatning.

Det sentrale tvistetemaet i saken er om det foreligger ansvarsgrunnlag basert på brudd på enten forretningshemmelighetsloven, åndsverksloven eller markedsføringsloven. Dette vil drøftes i punkt 2-4 nedenfor. Lagmannsretten vil drøfte samtlige påberopte grunnlag, ettersom utmålingsprinsippene og vurderingene av årsakssammenheng vil kunne variere med ansvarsgrunnlaget.

Dersom det kan konstateres brudd på nevnte lovgivning, må det vurderes for hver av de tre anke mot partene om vedkommende kan holdes ansvarlig for bruddet. Dette vil bli drøftet i underpunkter til punkt 2-4 nedenfor.

Lagmannsretten skal også ta stilling til om øvrige betingelser for ansvar foreligger, i tillegg til ansvarsgrunnlaget. I praksis vil dette si at det må vurderes om det foreligger årsakssammenheng til den vinningen Helsenors krav nå baserer seg på. Dette er også drøftet i underpunkter til punkt 2-4.

Som nevnt ovenfor har lagmannsretten besluttet at utmålingen av et eventuelt krav skal utsettes, jf. tvisteloven § 16-1 andre ledd andre punktum. Etter lagmannsrettens syn er det etter gjeldende rett noe uklart hva en beslutning om utsettelse av utmålingen innebærer med tanke på vurderingen av årsakssammenheng. Det antas det i denne første deldommen er tilstrekkelig å ta stilling til om det foreligger årsakssammenheng. Dersom det konstateres årsakssammenheng, må det i den etterfølgende utmålingsdommen vurderes om årsakssammenhengen dekker den aktuelle vinningen i sin helhet, eller bare deler av denne. En slik løsning innebærer at enkelte spørsmål om årsakssammenheng må utstå til utmålingsdelen av saken. En slik to-leddet vurdering av årsakssammenhengen har en viss støtte i blant annet Skoghøy, Tvisteløsning, 4. utgave, side 677, som skiller mellom årsakssammenheng til realskaden og årsakssammenheng til tapet.

Saken reiser også spørsmål om det er grunnlag for erstatning i tilknytning til vikaren E (punkt 5) og om det kan fremmes vederlagskrav i tilknytning til de 14 vikarene som anke mot partene ble frifunnet for i tingretten (punkt 6). Lagmannsretten vil etter en oppsummering av ansvarsspørsmålet (punkt 7) drøfte Helsenors forbudskrav (punkt 8) og partenes krav på sakskostnader (punkt 9).

## 2. Ansvarsgrunnlag basert på inngrep i Helsenors forretningshemmeligheter

### 2.1 Er det gjort inngrep i Helsenors forretningshemmeligheter?

#### 2.1.1 Hvilken lov som får anvendelse

Helsenors krav er på dette punktet basert på anførsler om inngrep i selskapets «forretningshemmeligheter» i strid med forretningshemmelighetsloven av 27. mars 2020. Denne loven trådte i kraft 1. januar 2021, jf. lovens § 12 første ledd og kongelig resolusjon 11. desember 2020 nr. 2721 punkt 1 og 5. Loven var følgelig ikke trådt i kraft på det tidspunktet det vesentligste av inngrepet anføres å ha funnet sted, som var i 2020.

Før ikrafttredelsen av forretningshemmelighetsloven, var «bedriftshemmeligheter» vernet etter markedsføringsloven § 28, jf. også straffeloven § 207. Ingen av partene har tilsynelatende vært oppmerksomme på at forretningshemmelighetsloven ikke kan få anvendelse på de sentrale hendelsene i 2020, eller på den mulige anvendelsen av markedsføringsloven § 28 som et alternativ. Etter tvisteloven § 11-3 har retten plikt til å anvende gjeldende rettsregler av eget tiltak. Lagmannsretten anser at det ligger innenfor Helsenors



påstandsgrunnlag å anvende markedsføringsloven § 28, jf. tvisteloven § 11-2 første ledd. Det faktum som er påberopt er i praksis like relevant som et grunnlag for anvende markedsføringsloven § 28.

Forretningshemmelighetsloven er uansett relevant for anførselene om inngrep i tidsrommet etter 1. januar 2021, samt for forbudskravet, jf. punkt 8 nedenfor.

## 2.1.2 Hva kan anses som bedriftshemmeligheter/forretningshemmeligheter?

Partene er uenige om Helsenors database inneholdt «forretningshemmeligheter», jf. forretningshemmelighetsloven § 3, jf. 2. Denne uenigheten antas å gjenspeile en uenighet også om databasen inneholdt «bedriftshemmeligheter» etter markedsføringsloven § 28. Markedsføringsloven § 28 lød som følger:

### § 28. Bedriftshemmeligheter

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

Det samme gjelder den som har oppnådd kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet gjennom noens brudd på taushetsplikt eller gjennom noens rettsstridige handling ellers.

Markedsføringsloven § 28 definerte ikke begrepet «bedriftshemmelighet». Ifølge rettspraksis og teori måtte tre vilkår være oppfylt for at opplysninger skulle ha vern etter loven, jf. bl.a. Rt-2007-1841 premiss 22, Innstilling fra Konkurranselovkomiteen 1966, s. 48, Ot.prp.nr.57 (1971–1972) s. 24 og Ot.prp.nr.22 (2008–2009) s. 405. For det første måtte opplysningene være spesifikke for den enkelte bedrift. Dette innebar blant annet at de ikke var allment kjent eller lett tilgjengelige for andre. For det andre måtte opplysningene ha betydning for den bedriften som påberopte seg vernet. For det tredje måtte bedriften i rimelig grad ha markert et krav på hemmelighold av opplysningene, alternativt måtte kravet på hemmelighold ligge «klart i selve situasjonen».

Forretningshemmelighetsloven § 2 første og andre ledd definerer begrepet «forretningshemmelighet» som følger:

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

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

Lagmannsretten antar at begrepene «bedriftshemmelighet» i markedsføringsloven § 28 og «forretningshemmelighet» i forretningshemmelighetsloven § 3 langt på vei er innholdsmessig sammenfallende. Definisjonen i forretningshemmelighetsloven baserer seg riktignok på EU-direktiv 2016/94, mens markedsføringslovens begrep er utviklet i norsk intern rett. EU-direktivets definisjon er imidlertid hentet fra TRIPS-avtalen artikkel 39 som Norge ratifiserte i 1994, og som det derfor til en viss grad kan presumeres at markedsføringsloven § 28 var i samsvar med. Som det også fremgår over, er de vilkårene som ble oppstilt for at noe skulle anses som «bedriftshemmelighet» etter markedsføringsloven § 28, i stor grad lik definisjonen i forretningshemmelighetsloven § 2, selv om selve begrepsbruken er en noe annen.

Sentralt etter begge bestemmelsene er det at «opplysningene må være hemmelige» for å være vernet, jf. Prop.5 LS (2019–2020) side 20 og ordlyden i lovtekstene. Markedsføringsloven § 28 ble oppfattet slik at «hemmelig» skulle forstås i samsvar med vanlig språkforståelse, jf. Irgens-Jensen, *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?* s. 74 og Birger Stuevold Lassen, «Know-how og erhvervshemmeligheter», NIR 1965 s. 215-224, på s. 222.

En større, samlet informasjonsmengde kan ha vern selv om ikke enhver enkeltopplysning som inngår er hemmelig. I forretningshemmelighetsloven § 2 første ledd bokstav a fremkommer dette av at ordlyden viser til opplysningene «som helhet, eller slik de er satt sammen eller ordnet». Det hemmelige elementet kan derfor følge av sammenstillingen av opplysninger, og er ikke avhengig av om de enkelte opplysningene vurdert hver for seg er hemmelige. I Prop.5 LS (2019–2020) er dette beskrevet som følger:

I alternativet «sammensetning» ligger at opplysningene ikke nødvendigvis behøver å være hemmelige hver for seg, men at sammenstillingen av opplysninger tilfører noe som ikke er lett tilgjengelig for andre. Et typisk eksempel vil være et kunderegister hvor hver enkelt oppføring ikke nødvendigvis er hemmelig, eller oppskrifter eller materialblandinger. (side 20-21)

Kravet til hemmelighet kan være oppfylt ved at opplysningene som inngår i forretningshemmeligheten, i sin helhet er hemmelige. Ofte vil imidlertid det nyskapende kunne ligge i måten opplysningene er satt sammen på. Sammenstillingen kan derfor bestå av opplysninger som enkeltvis er allment tilgjengelig, for eksempel en oppskrift eller en kundebase hvor enkelte kundeforhold er offentlig kjent. (side 119)

Lagmannsretten antar at disse uttalelsene i forarbeidene til forretningshemmelighetsloven også er dekkende for rettstilstanden slik den var etter markedsføringsloven § 28.

### 2.1.3 Inneholdt Helsenors database bedriftshemmeligheter/forretningshemmeligheter?

Lagmannsretten finner det klart at enkelte av opplysningene i Konstali-applikasjonen utgjorde henholdsvis bedriftshemmeligheter og forretningshemmeligheter. Dette gjelder særlig opplysningene om priser på oppdrag og lønnsnivå for vikarer.

Den vesentligste delen av de data som ble overført til og deretter benyttet av Start Medical (jf. punkt 2.2 nedenfor), gjaldt imidlertid ulike e-postadresser og vikarprofiler. På dette punktet har vurderingen bydd på noe mer tvil. At en navngitt sykepleier har en bestemt e-postadresse eller telefonnummer, er i utgangspunktet ikke «hemmelig» så lenge sykepleieren selv behandler dette som offentlig informasjon. Det samme gjelder e-postadressen til en person i et kommunalt helseforetak, når kommunen har publisert e-postadressen på sine nettsider. Enkeltopplysninger som ikke er hemmelige i seg selv, blir ikke hemmeligheter bare fordi noen samler inn store mengder av dem. Om en opplysning kan anses som hemmelig, er i utgangspunktet et kvalitativt spørsmål, og ikke et spørsmål om mengde. Dersom en sammenstilling av opplysninger kun medfører en økning i volumet av ikke-hemmelige opplysninger, uten å tilføre noe mer, er det i utgangspunktet databasevernet som må påberopes.

Som det fremgår av de siterte lovforarbeidene til forretningshemmelighetsloven, kan likevel sammenstillinger av det som isolert sett er ikke-hemmelige enkeltopplysninger, være vernet. En forutsetning er at det gjennom sammenstillingen er skapt noe som kan anses som hemmelig, herunder at sammenstillingen ikke er lett tilgjengelig for andre.

Lagmannsretten har under noe tvil kommet til at også sammenstillingen av e-postadresser og vikarprofiler i Konstali-applikasjonen må anses som en bedriftshemmelighet og forretningshemmelighet i lovens forstand. Det vises dels til at ikke alle kontaktopplysningene i Konstali-applikasjonen var offentlig tilgjengelige. Blant annet vil neppe samtlige helsevikarer være oppført med telefonnummer i telefonkatalogen, særlig ettersom en stor andel av dem er utenlandske. For både vikarer og oppdragsgivere vil i mange tilfeller heller ikke e-postadressen være tilgjengelig på internett, selv om det i saken er gitt flere eksempler på det motsatte. For vikarene vil dessuten en innføring i registeret i seg selv indikere at vedkommende er interessert i vikaroppdrag, noe som er en svært viktig opplysning for et helsebemanningsselskap. Vikarprofilene inneholder også langt mer enn bare kontaklinformasjon.

Det avgjørende for lagmannsretten er at databasen uansett ikke bare inneholder opplysninger som enkeltvis i varierende grad er offentlig tilgjengelig, men at opplysningene er samlet og satt i en kontekst som tilfører dem betydelig verdi, selv der enkeltopplysningene er offentlig tilgjengelig. Ved å samle inn og sammenstille de aktuelle opplysningene, etableres en samlet og omfattende kontakflate mot relevante deler av helsesektoren. Sammenstillingen åpner for enkel og rask tilgang til et stort antall helsevikarer og helseoppdragsgivere. Dette er svært verdifullt for et firma som driver med helsebemanning. Vilkåret om at opplysningene må ha henholdsvis «betydning for virksomheten» og «kommersiell verdi», er oppfylt.

Sammenstillingen av opplysninger i Konstali-applikasjonen er heller ikke «lett tilgjengelig» for andre. Det må antas at andre aktører i samme bransje ville brukt lang tid og betydelige ressurser dersom de skulle samle inn like mye informasjon, selv om dette ikke ville være umulig. At sammenstillingen ikke er lett tilgjengelig, og dermed kan anses som «hemmelig», er også det som skaper den kommersielle verdien som gir den betydning for virksomheten.

Opplysningene er også behandlet som hemmelige av Helsenor. Det er truffet tiltak for å beskytte dem gjennom tilgangskontroll og bruk av passord. Det er også klausuler om taushetsplikt i Helsenors ansettelseskontrakter for «kunde/vikarregistre».

Uten at det har avgjørende betydning, nevnes det også at Start Medical selv anførte at tilsvarende opplysninger i Start Medicals databaser utgjorde forretningshemmeligheter, jf. tvisteloven § 22-10 og lagmannsrettens kjennelse av 7. juli 2023. Dette kan til en viss grad underbygge en oppfatning i bransjen om at slike opplysninger har betydning og er hemmelige.

Ankemothpartene har anført at opplysningene først får verdi når de brukes, og da gjennom måten de brukes på. Lagmannsretten er ikke enig i dette. At opplysningene ikke har verdi om de aldri brukes er lite relevant, da poenget med slike opplysninger nettopp vil være å kunne ta dem i bruk. Selv om en realisering av opplysningenes verdi også forutsetter andre innsatsfaktorer, har de åpenbart en slik verdi og betydning som kreves for rettslig vern.

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at de samlede og sammenstilte opplysningene i Konstali-applikasjonen har vern som bedriftshemmeligheter og forretningshemmeligheter. Det ligger i dette at ikke enhver enkeltopplysning som er lagret i Konstali-applikasjonen isolert sett kan anses som en bedriftshemmelighet eller forretningshemmelighet.

### **2.1.3 Har det funnet sted en rettstridig utnyttelse av Helsenors bedriftshemmeligheter eller forretningshemmeligheter?**

#### **a. Innledning**

Markedsføringsloven § 28 forbyr det å rettstridig «utnytte» bedriftshemmeligheter i næringsvirksomhet. Det er ikke definert hva som menes med å «utnytte» bedriftshemmelighetene. Forbudet gjelder dersom kunnskap om bedriftshemmeligheten er oppnådd «i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold», eller gjennom «noens brudd på taushetsplikt eller gjennom noens rettsstridige handling ellers».

Forretningshemmelighetsloven § 3 forbyr «inngrep» i forretningshemmeligheter. Bestemmelsen er ikke begrenset til handlinger i næringsvirksomhet. Bestemmelsen gir en nærmere definisjon av hva som menes med inngrep:

Ingen må gjøre inngrep i en forretningshemmelighet ved å oppnå kunnskap om eller rådighet over en forretningshemmelighet ved

- a. urettmessig å skaffe seg adgang til, ta med seg, eller kopiere dokumenter eller gjenstander
- b. annen adferd i strid med god forretningsskikk

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

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

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

#### **b. Inngrepsvurderingen: Cs handlinger**

Lagmannsretten anser det sannsynliggjort og legger til grunn at C kopierte opp store mengder data fra Helsenors database. Det vises til Cs egen forklaring og de fremlagte dokumentene med data og logger. Kopieringen begynte i 2015 og C supplerte dette uttrekket med ytterligere data fra Konstali-applikasjonen

senere. Nøyaktig når kopieringen fant sted, har ikke betydning. Det understrekes likevel at det store omfanget av opplysninger fra 2019 og 2020 tydelig viser at kopieringen ikke var begrenset til uttrekket i 2015.

Markedsføringsloven § 28 rammer bare utnyttelse i næringsvirksomhet. Dette følger direkte av ordlyden i markedsføringsloven § 28, og er forklart som følger i Prop.5 LS (2019–2020) side 30:

Forbudet i markedsføringsloven § 28 rammer kun utnyttelse i næringsvirksomhet. Privat bruk av forretningshemmeligheten vil ikke dekkes av bestemmelsen. Kravet om at utnyttelsen må ha skjedd i næringsvirksomhet innebærer at en ansatt som tar med seg hemmeligheten til ansettelse i en ny virksomhet, ikke kan straffes som hovedvertreder etter markedsføringsloven § 28.

At C kopierte opplysninger, utgjorde derfor ikke et brudd av markedsføringsloven § 28 så lenge han holdt dataene for seg selv og ikke brukte dem til fordel for Start Medical eller annen næringsvirksomhet.

C gjorde imidlertid mer enn å kopiere opp opplysningene til eget bruk. Det er ikke omtvistet at han sendte e-poster med opplysninger hentet fra Konstali-applikasjonen til A. Dette omfattet opplysninger om kunder, oppdrag og vikarer. Det vises til de seks fremlagte e-postene av henholdsvis 16. juni, 22. juli, 4. og 14 august 2020.

Antallet slike e-poster, samt at det ikke er noen holdepunkter for at A reagerte negativt på at C sendte ham disse opplysningene, tilsier at C ikke sendte informasjon uoppfordret eller i strid med As ønsker. Lagmannsretten finner det sannsynlig at disse oversendelsene fant sted i henhold til en felles forståelse mellom C og A, for det formål at A skulle bruke opplysningene i Start Medical. A hadde på dette tidspunktet sluttet i Helsenor. At opplysningene skulle brukes i Start Medical, underbygges også av at oversendelsene tilsynelatende ble forsøkt holdt skjult for Helsenor. De gikk ikke direkte fra Cs e-postkonto i Helsenor til A, men via Cs private gmail-adresse.

Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at de nevnte opplysningene ble rettsstridig utnyttet i næringsvirksomhet, ved at A brukte dem i virksomheten til Start Medical. Hva slags konkret utnyttelse som fant sted, og omfanget av denne utnyttelsen, fremstår imidlertid som noe uklart.

Innholdet av opplysningene gir grunn til å anta at opplysningene blant annet ble brukt til å kontakte oppdragsgivere og til å forsøke å engasjere vikarer som kunne være interessert i spesifikke oppdrag.

Lagmannsretten anser det også som sannsynliggjort at opplysningene ble brukt for at Start Medical skulle kunne tilpasse prisene sine til konkurransen fra Helsenor. Dette betød noe lavere utleiepriser på vikarer og noe høyere vikarlønninger enn det Helsenor tilbød. Det vises i denne forbindelse til e-posten av 3. juni 2020 fra C til A og B, der opprettelsen av Start Medicals fiktive Rasmussen-identitet ble begrunnet med at det er litt «dumt at meglere i Helsenor får mail fra en vikar om bedre tilbud med signatur A» (lagmannsrettens understrekning). Det vises også til gjennomgangen av rekrutteringen av de enkelte vikarene i tingrettens dom, der det gis flere eksempler på hvordan Start Medical tilpasset sine priser til oppdragsgiverne og lønninger til vikarene i lys av kjennskap til hva Helsenor tilbød.

Lagmannsretten anser det også som sannsynliggjort at opplysninger som ble sendt per e-post fra C til A ble brukt som grunnlag for masseutsendelser av e-post. Det vises til betegnelsen «Masseutsendelse SYE» som ble brukt som emnefelt i e-posten fra C til A av 16. juni 2020.

Som påpekt tidligere, er det til dels sammenstillingen av opplysninger som begrunner vernet som bedriftshemmelighet. Dette innebærer at ikke enhver enkeltopplysning i Helsenors database har slikt vern. Noen av de opplysninger C sendte til A per e-post, vil derfor antakelig falle utenfor vernet for bedriftshemmeligheter. Det er uansett ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til nøyaktig hvor mange av de seks e-postene fra C til A som rammes. Det er uansett klart at flere av oversendelsene omfattet så store mengder sammenstilte opplysninger at det må anses som bedriftshemmeligheter etter markedsføringsloven § 28. Dette er tilstrekkelig til å konstatere ansvar.

Lagmannsretten finner det videre sannsynliggjort og legger til grunn at C 5. august 2020 importerte 564 fullstendige vikarprofiler til Start Medicals database i Recman, at C den 21. september 2020 importerte 3 049 e-postadresser til helsefagvikarer til Start Medicals mail-applikasjon MailMojo, at han på tilsvarende måte importerte 4 372 e-postadresser til kunder 2. oktober 2020, og at han oktober 2020 importerte 11 929 e-postadresser til sykepleiervikarer. Alle disse opplysningene var rettstridig hentet fra Helsenors Konstali-applikasjon. Det kan ikke lenger sees å være tydelig bestridt av ankemotpartene at en viss slik import fant sted.

Ankemotpartene er etter hva lagmannsretten forstår ikke enig i omfanget, men lagmannsretten anser ut fra vitneforklaringer og dokumentasjon i saken at det nevnte omfanget er sannsynliggjort.

Lagmannsretten har kommet til at importen og lagringen av opplysningene i Recman og MailMojo i seg selv utgjør en rettsstridig «utnyttelse» i næringsvirksomhet, jf. markedsføringsloven § 28. Gjennom denne overføringen og lagringen ble Start Medical umiddelbart satt i en helt annen posisjon enn tidligere med tanke på muligheten å komme i kontakt med relevante aktører i helsebransjen, noe som igjen kunne påvirke videre beslutninger og gi grunnlag for videre planlegging av tiltak.

Det er også sannsynliggjort at de importerte dataene ble utnyttet av Start Medical også utover selve lagringen. De ble blant annet bruk som adressekilde ved As masseutsendelse av e-poster 22. september 2020. Omfanget av den videre, konkrete bruken av opplysningene er noe uklar. Det er uansett ikke nødvendig å gå nærmere inn på omfanget av bruken for å konstatere at det foreligger et brudd på markedsføringsloven § 28.

A, og dermed Start Medical, fikk rådighet over de nevnte opplysningene gjennom Cs brudd på taushetsplikten han var underlagt i Helsenor og hans rettsstridige brudd på lojalitetsplikten overfor Helsenor, jf. markedsføringsloven § 28 annet ledd.

Start Medicals utnyttelse av bedriftshemmelighetene fant sted i næringsvirksomhet. Utnyttelsen var rettsstridig. Vilåårene for å konstatere brudd på markedsføringsloven § 28 er dermed oppfylt.

Den fortsatte lagringen av opplysningene fra C etter 1. januar 2021 utgjør et inngrep etter forretningshemmelighetsloven § 3, jf. første ledd bokstav b om adferd i strid med god forretningskikk. Etter lagmannsrettens syn er det i strid med god forretningskikk å oppbevare opplysninger som er rettsstridig hentet fra databasen til en konkurrent. Det er uklart om Start Medical har brukt opplysningene på annen måte enn å lagre disse etter 1. januar 2021. Noen slik bruk er ikke påvist.

### **c. Inngrepsvurderingen: As handlinger**

Lagmannsretten finner det sannsynliggjort og legger til grunn at A logget seg inn og hentet ut opplysninger fra Konstali-applikasjonen før han sluttet i Helsenor 6. juli 2020, og at han brukte disse opplysningene i virksomheten til Start Medical. Det vises her til redegjørelsen i tingrettens dom for hvordan A logget seg inn og hentet ut opplysninger om vikarer og oppdrag. Denne kunnskapen brukte han til å korte ned på varighetene av Helsenors oppdragsavtaler, for i stedet å leie ut vikarene gjennom Start Medical. Det vises også til tidligere gjennomgang av hvordan Start Medical tilpasset seg prisene og lønningene til Helsenor på grunnlag av opplysninger fra Konstali-applikasjonen.

Lagmannsretten finner det videre sannsynliggjort og legger til grunn at A ved en rekke anledninger logget seg inn Konstali-applikasjonen i perioden etter at han hadde sluttet i Helsenor 6. juli 2021 og frem til 18. mai 2021. Dette gjorde han ved bruk av ulike vikarers brukernavn og passord. Lagmannsretten legger til grunn at de aller fleste av de innloggingene Helsenor har vist til, er foretatt av A selv, og ikke vikarene. Dette var ikke bestridt for tingretten, og lenge heller ikke bestridt for lagmannsretten. Det vises også til at loggene viser at innloggingen nesten alltid skjedde fra samme enhet.

Lagmannsretten legger til grunn at A i de aller fleste tilfeller logget seg inn for å finne opplysninger som kunne brukes i virksomheten til Start Medical. Hans forklaring om at han bare logget seg inn for å hjelpe vikarene, er ikke troverdig. Det vises her til det store antallet innlogginger, samt den fremlagte e-postkorrespondansen med de berørte vikarene. Denne e-postkorrespondansen underbygger ikke As forklaring om innlogginger for å hjelpe vikarene.

Om noen få innlogginger skulle ha blitt gjort av vikarene selv, eller av A for å hjelpe vikarene, endrer dette uansett ikke på lagmannsrettens konklusjon om at A ved en rekke anledninger tilegnet seg opplysninger han ikke hadde rettmessig adgang til, og at formålet med dette var å bruke opplysningene i Start Medical. Etter lagmannsrettens syn er det ikke tvilsomt at den noe begrensede informasjonstilgangen som fulgte med vikartilgangen i Konstali-applikasjonen, kunne gi innsikter av interesse for Start Medical, herunder tilgang til bedriftshemmeligheter og forretningshemmeligheter. Vikartilgangen omfattet blant annet informasjon om hvor det var ledige oppdrag for hvilken oppdragsgiver, og om vikaren var ledige og tilgjengelige for oppdrag. Dette er opplysninger som må anses som henholdsvis bedriftshemmeligheter og forretningshemmeligheter for et helsebemanningsselskap.

Det nærmere omfanget og innholdet av de opplysningene som ble hentet ut av A gjennom disse innloggingene, og hva de deretter ble benyttet til, fremstår som noe uklart. Lagmannsretten anser det imidlertid sannsynliggjort at opplysningene ble brukt til å finne opplysninger om vikarer og oppdrag for det formål å skaffe oppdrag til Start Medical. Bruken var rettsstridig. Dette utgjorde et brudd på markedsføringsloven § 28, og i tiden etter 1. januar 2021 et brudd på forretningshemmelighetsloven § 3. Omfanget av disse bruddene får ikke betydning for spørsmålet om det foreligger ansvarsgrunnlag.

## 2.2 Kan ankemotpartene holdes ansvarlige for utnyttelsen?

### 2.2.1 Innledning

Lagmannsretten har under punkt 2.1 over kommet til at det har funnet sted brudd på henholdsvis markedsføringsloven § 28 og forretningshemmelighetsloven § 3. Forsettlig eller uaktsom overtredelse av disse bestemmelsene kan gi grunnlag for krav på vederlag eller erstatning, jf. markedsføringsloven § 48 b slik den lød i 2020, og forretningshemmelighetsloven § 8 fra og med 2021. Ansvar kan også baseres på medvirkning, jf. markedsføringsloven § 48 b tredje ledd og forretningshemmelighetsloven § 8 annet ledd.

### 2.2.2 Ansvar for Start Medical

Som det fremgår av punkt 2.1, ble Helsenors bedriftshemmeligheter, senere forretningshemmeligheter, rettsstridig utnyttet av Start Medical. Dette ble gjort av personer som var ansatt i Start Medical, dvs. C og A, som ledd i utføring av deres arbeid for Start Medical. Cs handlinger var forsettlige, jf. Cs forklaring under ankeforhandlingen. As handlinger var forsettlige eller i det minste grovt uaktsomme, jf. punkt 2.2.3 nedenfor. Start Medical er dermed ansvarlig i medhold av skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd første punktum.

Etter lagmannsrettens syn får ikke unntaksregelen i § 2-1 første ledd annet punktum anvendelse. A og C gikk etter lagmannsrettens syn ikke utenfor det som det er «rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet». Det er ikke uvanlig at arbeidstakere som slutter i et selskap for deretter å bli ansatt hos konkurrenten, tar med seg bedriftshemmeligheter inn i den nye arbeidsgiverens virksomhet, i strid med taushetsplikt og lojalitetsplikt. Dette er noe den nye arbeidsgiveren må regne med at kan skje. Det kan i denne forbindelse også vises til at det var en nær sammenheng mellom på den ene siden As og Cs arbeidsoppgaver, og på den andre siden de rettsstridige handlingene. Arbeidet deres bestod i all hovedsak i å rekruttere vikarer og skaffe oppdrag for Start Medical. Den rettsstridige utnyttelsen av bedriftshemmeligheter fant sted nettopp for å lykkes med disse arbeidsoppgavene. At bruken av opplysninger var rettsstridig og forsettlig, er ikke i seg selv tilstrekkelig til at unntaksregelen i § 2-1 første ledd annet punktum får anvendelse, jf. Rt-2000-211 og Rt-2015-475.

Lagmannsretten ser etter dette ikke grunn til å vurdere ansvar basert på de ulovfestede prinsippene om organansvar.

### 2.2.3 Ansvar for A og B

Etter lagmannsrettens syn er A og B ansvarlige for medvirkning til Start Medicals brudd på markedsføringsloven § 28 og forretningshemmelighetsloven § 3. A er også direkte ansvarlig for egne inngrep etter 1. januar 2021, jf. forretningshemmelighetsloven § 3.

For så vidt gjelder A, kan medvirkningsansvaret dels baseres på at han selv utførte deler av de rettsstridige handlingene på vegne av Start Medical, som er det direkte pliktsubjektet for etter markedsføringsloven § 28. A hentet selv ut opplysninger fra Konstali-applikasjonen for bruk av Start Medical både før og etter at han sluttet i Helsenor. Han fikk også tilgang til slike opplysninger gjennom Cs oversendelser per e-post og import av data. A brukte disse opplysningene i Start Medicals virksomhet, blant annet til masseutsendelser, jf. punkt 2.1.

For så vidt gjelder B, legges det til grunn som sannsynliggjort at han både var kjent med og godkjente hovedtrekkene i både A og Cs rettsstridige handlinger. Som daglig leder hadde han et særlig ansvar for å gripe inn mot slik ulovlig virksomhet. Han medvirket også aktivt til de rettsstridige handlingene ved blant annet –

som omtales nærmere nedenfor – å opprette den fiktive karakteren Morten Rasmussen og betale lisensavgift til Recman for importen av data.

For både A og B legges det til grunn som sannsynliggjort at de til dels også var involvert i planlegging av de ulike rettstridige handlingene som gjennomgått over, og at de ulike rettstridige handlingene i stor grad må anses som et felles prosjekt der A, B og C alle var delaktige. Både A og B var kjent med, eller må i det minste ha regnet det som overveiende sannsynlig, at opplysningene C bragte inn i Start Medical stammet fra Helsenor. En eventuell uvitenhet om dette må anses som grovt uaktsom.

I bevisvurderingen vedrørende hvem som visste og gjorde hva, har lagmannsretten sett hen til at C, A og B stiftet Start Medical sammen. Opsjonsavtalen tilsa at de på sikt ville eie omtrent en tredjedel hver av selskapet. Det har formodningen for seg at de tre i oppstartsfasen hadde en tett dialog om både forretningsutvikling, aktiviteter, og ulike hendelser og ting som ble oppnådd. Forklaringene i retten om at blant annet B bare helt unntaksvis hadde kontakt med de andre to i denne fasen, fremstår som lite troverdig.

Lagmannsretten har i bevisvurderingen også sett hen til at dokumentbevisene gjør det klart at alle tre var kjent med at C og A jobbet aktivt for Start Medical mens de fortsatt var ansatt i Helsenor. Dette utgjorde et klart og grovt brudd på deres lojalitetsplikter overfor Helsenor. Denne illojaliteten ble ikke bare godtatt av alle tre, men også aktivt forsøkt holdt skjult ved blant annet bruk av en fiktiv identitet, «Morten Rasmussen». Både A og C brukte denne identiteten i telefonsamtaler og til å sende ut e-poster og signere dokumenter, i stedet for å bruke egne navn. Det er dokumentert og erkjent at e-postadressen til denne fiktive identiteten ble opprettet av B, som dermed utvilsomt var delaktig i dette opplegget. B var også registrert personlig som innehaveren av det telefonnummeret som ble oppgitt for Morten Rasmussen til kunder og vikarer, og det var B som fakturerte kundene for oppdragene som ble inngått i navnet til Rasmussen. Den rettsstridige adferden overfor Helsenor og forsøkene på å holde dette skjult, fremstår dermed som et felles prosjekt som alle tre aktivt bidro til.

I bevisvurderingen vedrørende hva A visste, har lagmannsretten også sett hen til at han utvilsomt var kjent med at han mottok e-poster med opplysninger fra C. A har også erkjent at han var klar over at C importerte en rekke opplysninger til MailMojo og Recman. A forklarte i retten at C var en «samler», og at han trodde importen og øvrige data gjaldt opplysninger C hadde samlet opp gjennom sin tidligere karriere. Lagmannsretten finner det lite troverdig at A ikke var klar over at opplysningene kom fra Helsenor. Det fremgår av flere av de tidligere nevnte seks e-postene at opplysningene ble sendt fra Cs e-postadresse i Helsenor. A var uansett kjent med at C hadde jobbet for Helsenor i årene 2013-2016 og 2019-2020. Selv ut fra den nevnte antakelsen om at C hadde samlet opplysningene gjennom sin tidligere karriere, ville det derfor ha vært høyst sannsynlig at store deler av opplysningene kom fra Helsenor uansett. En eventuell uvitenhet om dette vil for As del i beste fall være grovt uaktsom.

I bevisvurderingen av hva B visste, har lagmannsretten også sett hen til at B på vegne av Start Medical betalte avgiften som påløp til Recman ved at data fra Helsenor ble importert til Start Medical i Recman-databasen. Det har formodningen mot seg at B ville godta å dekke en slik kostnad for oppstartsselskapet, dersom han ikke visste hva fakturaen gjaldt. B ba også i SMS sendt 23. september 2020 om innloggingsinformasjon til MailMojo, noe som underbygger at han til en viss grad var involvert i bruken av opplysningene fra Helsenor. En stor del av dataene Start Medical hadde registrert i MailMojo på dette tidspunktet kom fra Helsenor. En eventuell uvitenhet om at opplysningene kom fra Helsenor, må også for Bs del anses som grovt uaktsom. Aktsomhetsvurderingen må på dette punktet sees i lys av at B allerede var kjent med at både C og A grovt brøt lojalitetspliktene sine overfor Helsenor, og at det ikke var gitt noen opplysninger om hvor dataene ellers skulle komme fra.

Lagmannsretten har i bevisvurderingen til en viss grad også sett hen til Cs forklaring om at B og A visste om alle overføringene av opplysninger til Start Medical, og at opplysningene kom fra Helsenor. Dette er vektlagt selv om C er ansatt hos Helsenor, og selv om flere av Cs skriv i tilknytning til saken er ført i pennen av D, samtidig som Helsenor har betalt beløpet C ble idømt i regressøksmålet. C tok også rettsstridig med seg en rekke dokumenter fra Start Medical da han slutte der. Selv om de nevnte forhold i stor grad svekker Cs troverdighet, må det samtidig tas i betraktning at hans påstander om import av data til Start Medical som ble fremsatt i februar 2023, ble bekreftet da dokumentbevis om dette ble fremlagt i august 2023. Motsetningsvis svekkes A og Bs troverdighet på dette punktet, ved at de ikke bekreftet Cs påstander om importen når disse påstandene først ble fremsatt. Dersom A og B ikke hadde kjennskap til importen fra før, kunne de ha fått undersøkt om Cs påstander var riktige ved å sjekke datasystemene til Start Medical. I stedet fortsatte de å

benekte at slik import hadde funnet sted i flere måneder, helt til de i lagmannsrettens kjennelse av 7. juli 2023 ble pålagt å fremlegge bevisene forbundet med dette.

A og B kan etter dette holdes ansvarlig for forsettlig, eller i det minste grov uaktsom, medvirkning til Start Medicals brudd på markedsføringsloven § 28, samt forretningshemmelighetsloven § 3 etter 1. januar 2021.

Lagmannsretten ser ikke grunn til å gå nærmere inn på et mulig ansvar for B etter aksjeloven § 17-1. Bs medvirkning medfører ansvar etter bestemmelsene i markedsføringsloven og forretningshemmelighetsloven, og det er ikke grunn til å se hen til aksjeloven for å konstatere ansvar.

## 2.3 Årsakssammenheng

Lagmannsretten ser det som sannsynliggjort at den rettsstridige utnyttelsen av bedriftshemmeligheter og inngrep i forretningshemmeligheter står i årsakssammenheng med vinning oppnådd for Start Medical, i form av inntekter fra utleie av helsevikarer. Hvor stor vinning som ble oppnådd på denne måten, skal lagmannsretten ikke vurdere i denne deldommen, jf. beslutningen om deling av saken.

## 3. Ansvarsgrunnlag basert på inngrep i databasevernet

### 3.1 Har Konstali-applikasjonen databasevern?

Vilkårene for databasevern følger av åndsverkloven § 24:

Den som fremstiller en database, som for eksempel et formular, en katalog, en tabell, et program eller lignende arbeid, hvor innsamling, kontroll eller presentasjon av innholdet innebærer en vesentlig investering, har enerett til å råde over hele eller vesentlige deler av databasens innhold ved uttrekk fra eller gjenbruk av databasen.

Lagmannsretten har – som tingretten – kommet til at Konstali-applikasjonen nyter databasevern etter denne bestemmelsen. Det bemerkes innledningsvis at tingrettens konklusjon på dette punktet først ble tydelig bestridt like før saksforberedelsen skulle avsluttes for lagmannsretten.

Konstali-applikasjonen inneholder store mengder data. Det er lagt inn opplysninger om 50 000 helsevikarer, i tillegg til omfattende opplysninger om kunder og oppdrag. Disse opplysningene er ikke bare innsamlet og lagret, men også strukturert på en systematisk måte. Databasen skal være den største databasen som finnes med opplysninger om helsevikarer i det norske markedet.

Det er ikke tallfestet hvor store kostnader som har medgått til å samle inn og strukturere dataene, men det er opplyst at databasen er bygget opp over tid siden 2007. Mengden data er så stor at det nødvendigvis må ha medgått betydelige ressurser til oppbyggingen av databasen. Dette er tilfellet selv om enkelte av dataene også er noenlunde enkelt tilgjengelig i det offentlige rom. Ressursbruken innebærer at vilkåret om «vesentlig investering» utvilsomt er oppfylt.

Helsenor har fremhevet at det skal ha medgått rundt 20 millioner kroner på å utvikle programvaren. Lagmannsretten har ikke lagt nevneverdig vekt på disse programmeringskostnadene, da de i liten grad er relevante for databasevernet. Programvaren har ikke databasevern, men opphavsrettslig vern. Denne saken gjelder databasevernet, som baserer seg på de innsamlede opplysningene, og ikke på den programvaren som opplysningene lagres og kjøres på.

Ankemotpartene har, slik lagmannsretten forstår det, anført at det kan være grunn til å skille mellom vikarprofilene og listene med e-postadresser med tanke på hva som er vernet. Lagmannsretten er ikke enig i dette. Et sentralt poeng med Konstali-applikasjonen er at all informasjonen er samlet på ett sted. Innhenting av bare e-postadressene vil dessuten i seg selv kreve store investeringer når det er gjort i et slikt omfang som er tilfellet her.



### 3.2 Er det gjort inngrep i Helsens database?

Lagmannsretten har kommet til at det er gjort inngrep i Helsens database, jf. åndsverkloven § 24 første ledd.

Databasevernet gir enerett til å råde over «hele eller vesentlige deler» av databasens innhold ved uttrekk fra eller gjenbruk av databasen, jf. åndsverkloven § 24 første ledd. I dette ligger det at databasevernet etter § 24 første ledd ikke beskytter mot bruk av enkeltopplysninger eller uvesentlige deler av databasen.

Etter § 24 annet ledd gir eneretten også vern mot «gjentatt og systematisk uttrekk eller gjenbruk av uvesentlige deler av databasen, dersom dette utgjør handlinger som skader den normale bruken av databasen eller urimelig tilsidesetter fremstillerens legitime interesser».

Hva som menes med «uttrekk» er forklart som følger i Prop.104 L (2016–2017) på s. 101:

«Uttrekk» forstås etter direktivet som en varig eller midlertidig overføring til et annet medium av hele eller vesentlige deler av innholdet i en database, uansett på hvilken måte overføringen skjer, og uansett i hvilken form. Med «gjenbruk» skal forstås det å gjøre hele eller vesentlige deler av innholdet i databasen tilgjengelig for allmennheten- enten ved spredning av eksemplarer, ved utleie, ved online-overføring eller overføring på annen måte.

Rene søk («consultation») i databasen er ikke å anse som uttrekk, jf. C-203/02 (William Hill) premiss 54.

Lagmannsretten har som påpekt under punkt 2.1.3 over, kommet til at C på vegne Start Medical importerte 564 fullstendige vikarprofiler, 3 049 e-postadresser til helsefagvikarer, 11 929 e-postadresser til sykepleiervikarer og 4 372 e-postadresser til kunder. Denne importen utgjør etter lagmannsrettens syn et «uttrekk», i form av en varig overføring av dataene til et annet medium. Uttrekket er så stort og gjelder opplysninger av en slik karakter at det må anses å omfatte «vesentlige deler» av databasen, både kvantitativt og kvalitativt.

Lagmannsretten kan ikke se grunnlag for ankemotpartenes anførsler om at «vesentlige deler» må forstås som minst 50 prosent av databasen. De data som er importert av Start Medical, har et slikt omfang at det nødvendigvis ligger en vesentlig investering bak oppbyggingen av den aktuelle delen av Helsens database. De data som er importert har med andre ord et slikt omfang og er basert på slike investeringer at de kunne hatt vern på egen hånd dersom var lagret i en egen database. De må da også ha vern selv om de inngår som del av en større database.

### 3.3 Kan ankemotpartene holdes ansvarlige for inngrepet i Helsens database?

Uaktsomt eller forsettlig inngrep i databasevernet i åndsverkloven § 24 gir grunnlag for krav på vederlag og erstatning etter åndsverkloven § 81 første ledd. Også medvirkning til inngrep gir grunnlag for ansvar, jf. § 81 tredje ledd.

Lagmannsretten har kommet til at Start Medical, A og B alle kan holdes ansvarlige for inngrepet.

I henhold til drøftelsen under punkt 2.2.2 over, legges det til grunn at både A og B var kjent med og medvirket til Cs import av data fra Helsens database til Start Medical, herunder at de var klar over at dataene kom fra Helsenor. En eventuell uvitenhet var i beste fall grov uaktsom. A benyttet også de importerte dataene til masseutsendelse av e-poster, jf. punkt 2.1.3. A og B kan dermed holdes ansvarlige etter åndsverkloven § 81 tredje ledd.

Start Medical kan holdes ansvarlig med grunnlag i arbeidsgiveransvaret, jf. skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd første punktum. Inngrepet i databasevernet ble utført av ansatte i Start Medical, som ledd i utførelsen av deres arbeid. Unntaket i skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd annet punktum får etter lagmannsrettens syn ikke anvendelse. Et slikt misbruk av data fra tidligere arbeidsgiver er noe som den nye arbeidsgiver må regne med at kan skje, jf. den tilsvarende drøftelsen for inngrepet i bedriftshemmelighetene under punkt 2.2.2. Vurderingen av hva som med rimelighet kan forventes blir i stor grad lik, enten handlingene utgjør inngrep i databasevernet eller brudd på bedriftshemmelighetsvernet.

### 3.4 Årsakssammenheng

Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at inngrepet i databasevernet står i årsakssammenheng med vinning oppnådd av Start Medical, i form av inntekter fra vikarutleie. Importen av data fant sted nettopp for å generere slike inntekter og Start Medical hadde en omsetning på flere millioner i 2020. Hvor stor vinning som ble oppnådd på denne måten, er et utmålings spørsmål som lagmannsretten ikke skal vurdere nå i denne deldommen, jf. beslutningen om å dele saken.

### 4. Ansvarsgrunnlag basert på markedsføringslovens krav til god forretningsskikk

Lagmannsretten har konstatert ansvarsgrunnlag basert på markedsføringsloven § 28, jf. forretningshemmelighetsloven § 8, samt åndsverkloven § 24. Det får derfor i praksis noe begrenset betydning om det foreligger brudd også på markedsføringsloven § 25. Det skal normalt også utvises forsiktighet med å anvende generalklausulen om god forretningsskikk når forholdet faller inn under andre spesialbestemmelser, jf. Rt-1995-1908.

Lagmannsretten har likevel kommet til at det kan og bør konstateres brudd også på kravet til god forretningsskikk i markedsføringsloven § 25. Denne konklusjonen baserer seg på helheten i ankemotpartenes handlemønster, som omfatter ikke bare både brudd på bedriftshemmelighetsvernet og databasevernet, men også illojalitet i ansettelsesforhold og aktive grep for å skjule de rettsstridige handlingene. Det siste omfatter blant opprettelsen og bruken av den fiktive identiteten Morten Rasmussen, samt bruken private e-postadresser ved oversendelsene av data fra C til A. I tillegg ble det gitt opplysninger til Helsenors oppdragsgivere om at vikarene hadde byttet vikarselskap, for det formål å få avsluttet Helsenors oppdragsavtaler på et uriktig eller i beste fall ufullstendig informasjonsgrunnlag. Samlet sett viser adferden på Start Medicals side en strategi for å overta Helsenors vikarer og oppdrag gjennom bruk av flere ulovlige virkemidler, fremfor å skaffe seg vikarer og oppdrag gjennom egen, redelig innsats. Overtredelsen av § 25 var forsettlig.

Lagmannsretten finner at alle de tre ankemotpartene kan holdes ansvarlige for bruddene på markedsføringsloven § 25. Start Medical er det direkte pliktsubjekt etter bestemmelsen, som gjelder for næringsdrivende. Selskapet kan holdes ansvarlig i medhold av skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd første punktum. Lagmannsretten kan ikke se at C eller A gikk utenfor det Start Medical hadde rimelig grunn til å regne med, jf. skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd annet punktum. Det vises til drøftelser av tilsvarende problemstilling under punkt 2 og 3 ovenfor. Konklusjonen er riktignok på noe mer tvilsom i relasjon til markedsføringsloven § 25, da særlig bruken av fiktiv identitet må sies å ligge i grenseland for hva man kan regne med. A og B kan holdes ansvarlig for medvirkning, jf. tidligere gjennomgang av deres ulike medvirknings handlinger.

Lagmannsretten legger til grunn at brudd på markedsføringsloven § 25 kan gi grunnlag for krav på vinningsavståelse eller berikelse, og ikke bare erstatning for tap. Markedsføringsloven har ingen særskilt hjemmel for verken erstatnings- eller berikelseskrav ved brudd på § 25. Det antas imidlertid at slike krav har hjemmel i ulovfestet rett, i hvert fall når overtredelsene som her er grovt uaktsomme eller forsettlige, jf. Rt-2007-817 og Rt-1966-305.

Det antas også på dette punktet å foreligge årsakssammenheng til den fremsatte vinningen som kravet baserer seg på. Ved å opptre som nevnt, genererte Start Medical større inntekter enn selskapet ellers ville ha gjort. Hvor stor vinning dette medførte, er ikke tema nå, jf. beslutningen om å dele saken.

### 5. Ansvar i tilknytning til E

Tingretten frifant ankemotpartene for krav i tilknytning til helsevikaren E. Dette ble begrunnet med at han først fikk oppdrag for Start Medical 12. oktober 2020, og at han dermed ble rettmessig rekruttert av A etter at A hadde sluttet i Helsenor, jf. dommen side 26.

Lagmannsretten har kommet til motsatt resultat. Den fremlagte dokumentasjonen viser at E signerte avtale med Start Medical 19. juni 2020, ble AA-registret 22. juni 2020, og utførte arbeid som vikar utleid fra Start Medical i periodene 22-26. juni 2020 og 2-31. juli 2020. Lagmannsretten legger til grunn at ansettelsen og arbeidet fant sted på grunnlag av As rekruttering av E til Start Medical før A sluttet i Helsenor 6. juli 2020.

As rekruttering av E, mens A fortsatt var ansatt i Helsenor, var illojal og erstatningsbetingende overfor for As daværende arbeidsgiver Helsenor. As handlinger var forsettlig og skjedde som ledd i utførelsen av arbeid for Start Medical. Start Medical blir medansvarlig for forholdet etter skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd første punktum. Forholdet går ikke utover det Start Medical hadde rimelig grunn til å regne med, jf. annet punktum. B må anses som medansvarlig på grunnlag av medvirkning. B var med og etablerte identiteten til den fiktive personen Rasmussen, som ble brukt til å inngå avtalen med E. B var også i stor grad delaktig i øvrige deler av den rettsstridige virksomheten, jf. punkt 2 over.

Start Medical oppnådde vinning i form av inntektene fra utleien av E i juni og juli 2020. Det er årsakssammenheng mellom denne vinningen og den rettsstridige rekrutteringen. Om det også er årsakssammenheng til noe tap for Helsenor, er mer uklart, da det ikke er gitt at E hadde tatt tilsvarende oppdrag for Helsenor dersom han ikke hadde jobbet for Start Medical. Dette får uansett ikke betydning, da lagmannsretten finner at en slik illojal rekruttering kan gi grunnlag for ikke bare erstatningskrav, men også berikelseskrav. Utmålingen av kravet skal lagmannsretten ikke ta stilling til nå, jf. beslutningen om deling.

## 6. Ansvar for 14 helsevikarer

Tingretten frifant ankemotpartene for erstatningskrav forbundet med utleie av 14 vikarer som fikk oppdrag for Start Medical. Frifinnelsen ble basert på at disse uansett ikke ville tatt oppdrag for Helsenor, og at det dermed ikke var årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og det tapet som Helsenor krevde erstattet. For tingretten var det ikke i tide fremmet krav på vinningsavståelse.

For lagmannsretten har Helsenor fremmet krav på vinningsavståelse. Lagmannsretten har kommet til at det er grunnlag for kravet.

Når det gjelder ansvarsgrunnlaget, vises det til tingrettens dom. Det fremgår der hvordan vikarene ble rekruttert til Start Medical av A og C mens de to sistnevnte fortsatt var ansatt i Helsenor. Dette omfatter etter lagmannsrettens syn også E, jf. punkt 5 over. Lagmannsretten er enig med tingretten i at denne rekrutteringen var ansvarsbetingende illojal, jf. tingrettens dom side 28.

Ansvarsgrunnlaget for A kan baseres på hans egne handlinger, samt hans kjennskap og medvirkning til Cs handlinger. Lagmannsretten finner i likhet med tingretten at det er sannsynliggjort at også B var kjent med og godkjente den rettsstridige rekrutteringen. B medvirket dessuten ytterligere til denne ved bl.a. å opprette e-postadressen til den fiktive karakteren Rasmussen, som ble brukt til kommunikasjon med både vikarer og oppdragsgivere per e-post og telefon, og til signatur på oppdragsbekreftelser og ansettelsesavtaler.

Start Medical er ansvarlig på grunnlag av skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd første punktum. Rekrutteringen ligger ikke utenfor det Start Medical hadde rimelig grunn til å regne med, jf. § 2-1 første ledd annet punktum.

Det foreligger årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og vinningen kravet nå baseres på. Uten den rettstridige rekrutteringen hadde vikarene ikke tatt oppdrag som medførte vinning for Start Medical. Lagmannsretten legger til grunn at brudd på lojalitetsplikten i ansettelsesforhold kan gi grunnlag for berikelseskrav i et tilfelle som dette, og ikke bare krav på erstatning for tap. Omfanget av vinningen skal lagmannsretten ikke ta stilling til nå.

## 7. Oppsummering og konklusjon for kravet på vederlag og erstatning

Lagmannsretten har kommet til at hver av de tre ankemotpartene er ansvarlige for Helsenors krav på vederlag/erstatning basert på henholdsvis:

- markedsføringsloven § 28, jf. § 48b (perioden frem til 31. desember 2020)
- forretningshemmelighetsloven § 3, jf. § 8 (perioden etter 1. januar 2021)
- åndsverkloven § 24, jf. § 81, og
- markedsføringsloven § 25.

Lagmannsretten har videre kommet til at det foreligger ansvarsgrunnlag i relasjon til rekrutteringen av E, og at det er grunnlag for vinningskrav i tilknytning til resten av de 14 vikarene det ikke ble tilkjent erstatning for i tingretten.

For samtlige ansvarsgrunnlag foreligger det årsakssammenheng til de vinningskrav som er fremmet. Utmålingen av kravene tar lagmannsretten ikke stilling til nå.

De tre ankemotpartene er solidarisk ansvarlige, jf. skadeserstatningsloven § 5-3 første ledd.

## 8. Forbudskravet

Helsenor krever at ankemotpartene skal forbys ved dom å bruke opplysninger om kunder, vikarer og oppdragsopplysninger hentet fra Helsenors database. Lagmannsretten har kommet til at kravet skal tas til følge.

Lagmannsretten har kommet til at det har funnet sted brudd på henholdsvis markedsføringsloven §§ 25 og 28, åndsverkloven § 24 og lojalitetsplikten i arbeidsforhold. Hjemmel for å forby gjentakelse av slike lovbrudd ved dom, finnes i åndsverkloven § 78 første ledd og forretningshemmelighetsloven § 5 første ledd. Lagmannsretten antar at sistnevnte bestemmelse kan anvendes også der det tidligere inngrepet i hovedsak ble rammet av markedsføringsloven § 28. Lagmannsretten antar at også et brudd på markedsføringsloven § 25 kan gi grunnlag for et forbudskrav, selv om det ikke foreligger en uttrykkelig hjemmel for dette. Det vises til Lunde med flere, Markedsføringsloven med kommentarer, 3. utgave side 493 under punkt 4.2.

Lagmannsretten ser det som uklart om et forbudskrav basert på markedsføringsloven § 25 kan rettes mot andre enn den næringsdrivende som er direkte pliktsubjekt etter bestemmelsen, her Start Medical, eller om bestemmelsen også kan gi grunnlag for et forbudskrav overfor medvirkende enkeltpersoner, her C og A. Dette får uansett ingen praktisk betydning, da forbudskravet mot disse uansett kan hjemles i de andre lovene som nevnt.

Det er etter lagmannsrettens syn også grunn til å idømme ankemotpartene et slikt forbud, ettersom de fortsatt er i besittelse av de aktuelle dataene. At de har tilbudt seg å slette dataene når saken er over, er ikke til hinder for at det avsies en slik dom. Det antas som følge av sakshistorikken med misbruk av opplysningene tidligere å foreligge aktuell rettslig interesse i et slikt krav, jf. tvisteloven § 1-3.

Lagmannsretten finner ikke grunn til å gjøre forbudet tidsbegrenset. Det er heller ikke fremsatt krav om en slik begrensning. Det bemerkes likevel at forbudet uansett skal forstås slik at det kun gjelder så lenge de aktuelle opplysningene fortsatt nyter rettslig vern, enten som database, forretningshemmeligheter eller annet.

## 9. Sakskostnader

Helsenor har vunnet frem i den delen av ankesaken som lagmannsretten nå har hatt til behandling. Ankesaken er imidlertid ikke ferdig behandlet med dette, da utmålingsspørsmålet gjenstår. Om ankesaken kan anses vunnet av Helsenor eller ikke, vil blant annet bero på størrelsen av endelig tilkjent beløp fra lagmannsretten i utmålingsavgjørelsen, sammenholdt med størrelsen på kravet i anken, jf. tvisteloven § 20-2 første og andre ledd. Sakskostnadsavgjørelsen er derfor avhengig av utfallet av den delen av saken som ennå ikke er avgjort. Avgjørelsen må følgelig utsettes til den senere avgjørelsen vedrørende utmålingen er truffet, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd. Forbudskravet er nå avgjort, men det skal det ikke tilkjennes særskilte sakskostnader for hvert enkelt krav.

Det vises i denne forbindelse også til Schei m/flere, Tvisteloven, kommentarutgave, note 5.2 til § 20-8:

De fleste deldommer er nok avgjørelser om erstatningsplikt etter § 16-1 annet ledd annet punktum eller tidligere tvistemålsloven § 151 annet ledd, hvor avgjørelsen om kravets omfang utsettes. Også avgjørelsen om sakskostnader må i så fall utsettes, se for eksempel Rt-1996-1134 (på side 1141). I Rt-1992-453 (side 489) traff Høyesterett likevel avgjørelse om sakskostnader allerede i deldommen. Fremgangsmåten lar seg vanskelig å forene med systemet i § 20-8. Det kan eventuelt bare helt unntaksvis være grunnlag for en slik løsning, se for øvrig Rt-2014-963 og Aasbrenn, Tvisteloven § 20-8, side 452.

Helsenor har vist til at det ble tilkjent sakskostnader i alle instanser i sak HR-2018-2268-A (TONO). TONO-saken stod imidlertid i en annen stilling for lagmannsretten og Høyesterett, da saken ble delt allerede i tingretten. At også tingretten tilkjente sakskostnader i TONO-saken, uten først å ha tatt stilling til utmålingen, og at tingrettens feil verken ble problematisert for eller korrigert av høyere instanser, er uten rettskildemessig betydning.

Utsettelsen av avgjørelsen av sakskostnadsspørsmålet gjelder også for spørsmålet om sakskostnader for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9 annet ledd.

Dommen er enstemmig.

#### **DOMSSLUTNING**

1. Start Medical AS, B og A forbys å bruke opplysninger om kunder, vikarer og oppdragsopplysninger hentet fra Konstali Helsenor AS' database.
2. Start Medical AS, B og A er én for alle, alle for én, ansvarlige for å betale erstatning eller vederlag til Konstali Helsenor AS.
3. Sakskostnadsavgjørelsen for både tingretten og lagmannsretten utsettes til utmålingsspørsmålet avgjøres.