



DET KONGELIGE  
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Nærings- og fiskeridepartementet  
Postboks 8090 Dep  
0032 OSLO

Deres ref.  
19/2356-1

Vår ref.  
19/2232 EO KVM/jcn

Dato  
12.06.2019

### **Høring - forslag til lov om god handelsskikk i dagligvarekjeden**

Vi viser til Nærings- og fiskeridepartementets høringsbrev 26. april 2019, og avtale om utsatt høringsfrist til 14. juni 2019. Justis- og beredskapsdepartementet har følgende merknader:

#### Formålsbestemmelsen og generalklausulen

Lovforslaget bør i størst mulig grad gi klare rettslige rammer for partenes adferd. Det første forslaget til formålsbestemmelsen i § 1 bruker flere uklare og til dels ladede begreper som «økt forbrukervelferd», «høy etisk standard» og «effektive og forutberegnelige relasjoner». Særlig er det uklart hvilken funksjon formuleringen om «høy etisk standard» er tiltenkt. Etter vårt syn kan det spørres om dette alternativet til formålsbestemmelse ville stå seg bedre om en gikk mer «rett på sak» og forenklet den ved å uttrykke at lovens formål er å bidra til økt forbrukervelferd ved å fremme effektive og forutberegnelige forretningsforbindelser.

Den alternative formålsbestemmelsen benytter også meget skjønnsmessige begreper som «uredelighet» og «vilkårlighet», og dette tilføyer neppe noe som ikke allerede ligger i kravet til god forretningsskikk i markedsføringsloven § 25. Vi heller alt i alt likevel mot at denne bestemmelsen er å foretrekke sammenlignet med det første alternativet, særlig hvis det første alternativet forvanskes med en formulering om «høy etisk standard». Vi har forståelse for et ønske om at hensynet til forbrukernes interesser kommer til uttrykk i lovteksten. Det kan imidlertid spørres om det riktige i

Postadresse      Kontoradresse  
Postboks 8005 Dep      Gullhaug Torg 4A  
0030 Oslo      0484 Oslo

Leveringsadresse  
Varemottak  
Akersgata 59  
0180 Oslo

Telefon - sentralbord  
22 24 90 90  
Org.nr.: 972 417 831

Saksbehandler:  
Kaja Midtbø Stadshaug  
22245391

tilfelle er å tillegge dette hensynet en funksjon særskilt ved «håndheving» av loven, til forskjell fra ved tolking og anvendelse av loven i sin alminnelighet.

Det er uklart hvilken funksjon forslaget til § 4 er ment å ha. Ordlyden kan leses slik at bestemmelsen regner opp visse verdier eller hensyn som skal ligge til grunn for forretningsforhold innenfor lovens virkeområde, og nærmest som en formålsbestemmelse til bruk ved tolking og anvendelse av de øvrige bestemmelsene i lovutkastet kapittel 2. Slik sett er det vanskelig å se hvilket operativt innhold bestemmelsen i seg selv er ment å ha. Dersom bestemmelsen i seg selv er ment å danne grunnlag for konkrete plikter som skal kunne håndheves, bør ordlyden i stor grad konkretiseres og tydeliggjøres sammenlignet med det foreliggende utkastet.

### Immaterialrettigheter

Ut fra beskrivelsen i NOU 2013: 6 punkt 8.6 og 13.4 forstår vi det slik at problemstillingene innen dagligvaresektoren knyttet til immaterialrettigheter i hovedsak ikke gjelder vernet for disse rettighetene, men opptreden i strid med god forretningsskikk etter markedsføringsloven § 25. Dette omfatter også produktetterligning etter markedsføringsloven § 30 og urettmessig tilegnelse av andres forretningshemmeligheter jf. markedsføringsloven §§ 28 og 29, og i tillegg manglende håndheving av immaterialrettigheter, slik at forbrukerne kan bli forvirret av etterligninger (noe som også gjerne kan falle inn under markedsføringsloven § 7 om villedende handelspraksis).

Det vil reise flere problemstillinger å legge et ansvar for håndheving av de egentlige immaterialrettighetene til et offentlig tilsyn. Dette er private rettigheter, som det er opp til den enkelte næringsdrivende selv å håndheve. Nasjonalt regelverk på immaterialrettsområdet er i stor grad bundet opp gjennom internasjonale konvensjoner, herunder WTO TRIPS-avtalen som bl.a. i artikkel 21 forbyr tvangslisenser for varemerkerettigheter. At et offentlig tilsyn skal inn og håndheve immaterialrettigheter på en privat parts vegne, slik vi oppfatter § 4 i lovforslaget, fremstår som problematisk. Potensielt vil dette kunne reise problemer opp mot TRIPS-avtalen artikkel 21, for eksempel dersom tilsynet skal pålegge å gi andre foretak tillatelse til å utnytte et varemerke. Det er også problematisk om tilsynet skal kunne pålegge et foretak å håndheve en varemerkerettighet eller annen rettighet, uten at det aktuelle foretaket selv ønsker eller prioriterer slik håndheving. Etter TRIPS-avtalen er det nettopp opp til foretaket selv å vurdere håndhevingen av sine rettigheter.

Ut fra problembeskrivelsen i utredningen punkt 8.6 og 13.4 vil vi dessuten anta at hovedproblemet ikke er håndhevingen av de egentlige immaterialrettighetene, men illojal opptreden i forretningsforhold og kontraktsforhandlinger, samt urimelig markedsadferd i form av bl.a. «stjeling» av andres konsepter og ideer og eventuelt villeding av forbrukerne med hensyn til varens opprinnelse og egenskaper der det brukes et varemerke som kan forveksles med en annens varemerke, jf. markedsføringsloven § 7. På bakgrunn av utredningen antar vi altså at utkastet til

generalklausul i lovforslaget § 4 i realiteten tar sikte på adferd i strid med det generelle kravet til god forretningsskikk i markedsføringsloven § 25 og brudd på de mer spesielle bestemmelsene i markedsføringsloven §§ 26, 28, 29 og 30, eventuelt også § 7. Dette regelverket faller utenfor de egentlige immaterialrettighetene. Det er derfor neppe dekkende å vise til immaterialrettigheter i lovforslaget § 4. Henvisningen til «gjensidig respekt for immaterielle rettigheter» i bestemmelsen bør utgå.

Det er også uklart om det i denne formuleringen også ligger at man ikke skal utfordre immaterialrettigheter som med rette bør utfordres. At slike rettigheter ellers skal respekteres, er en selvfølge, og det følger allerede av immaterialrettslovene. Angivelsen av dette i utkastet til § 4 kan, som fremhevet av Nærings- og fiskeridepartementet i høringsnotatet punkt 6.2.2.4, bidra til å skape et inntrykk av at dette ikke ville gjelde uten en uttrykkelig angivelse i lovutkastet. Dette er uheldig.

Henvisningen til immaterialrettigheter i § 4 passer dessuten ikke godt inn i § 4, siden det i kapittel 2 i lovforslaget ellers først og fremst er kontraktrelasjonene mellom partene som reguleres, ikke immaterialrettslige forhold mellom parter som ikke er i et kontraktsforhold eller en annen form for forretningsforbindelse. Poenget med immaterialrettigheter er nettopp at de gjelder overfor tredjeparter som ikke er avtalemotparter. Etter § 2 i lovforslaget er virkeområdet for loven begrenset til «forhandlinger og avtaler». Når det ellers gjelder problemstillinger knyttet til immaterialrettigheter, viser utredningen i NOU 2013: 6 punkt 8.6 på side 76 til at produktutvikling kopieres og til underhåndheving av varemerkerettigheter. Det er vanskelig å se hvordan slike tilfeller generelt faller innenfor lovens virkeområde om «forhandlinger og avtaler» etter § 2. Også dette medfører at det for oss synes som at problemstillinger knyttet til de egentlige immaterialrettighetene faller utenfor det man søker å regulere med lovforslaget.

Det kan reises lignende innvendinger mot å trekke inn forhold dekket av markedsføringsloven kapittel 6 i bestemmelser i en lovregulering underlagt offentligrettslig håndheving gjennom et tilsyn. Dette bryter med den gjeldende systematikken på området. Også dette er bestemmelser som gjelder beskyttelsen næringsdrivende imellom, og som det er opp til de næringsdrivende selv å håndheve. Det foreligger dessuten allerede en fungerende frivillig tvisteløsningsordning på området gjennom Næringslivets konkurranseutvalg, som har behandlet en rekke saker fra dagligvaresektoren. I utgangspunktet mener vi derfor at heller ikke forhold dekket av markedsføringsloven kapittel 6 bør omfattes av den nye loven om god handelsskikk.

Hvis disse forholdene etter markedsføringsloven kapittel 6 eventuelt skal underlegges offentligrettslig håndheving og omfattes av lovforslaget, bør dette begrenses til tilfeller der de aktuelle forholdene også kan få skadevirkninger for forbrukerne. Dette kan i tilfelle med fordel presiseres tydeligere i formålsbestemmelsen i § 1 andre ledd (den alternative ordlyden). Man kan samtidig vurdere følgende formulering av § 4 i lovforslaget (se også ovenfor om denne bestemmelsen):

«§ 4 God handelsskikk

*Forretningsforhold [i dagligvarekjeden] skal bygge på redelighet, forutberegnelighet og god forretningskikk mellom næringsdrivende.»*

#### Kontraktsrettslige regler

Lovforslaget §§ 5 og 6 inneholder bestemmelser med et kontraktsrettslig tilsnitt. Et fellestrekk ved disse bestemmelsene er at det er uklart hvordan de forholder seg til alminnelige kontraktsrettslige regler, herunder om bestemmelsene skal ha privatrettslige virkninger mellom partene. Slike spørsmål er i noen grad drøftet i høringsnotatet punkt 6.2.3.4 og 6.2.4.4. Lovteksten er imidlertid generelt utformet, og det ville etter vårt syn ha vært ønskelig at forholdet til avtalerettslige regler ble avklart i lovteksten.

Mer konkret er det ut fra lovteksten i § 5 første ledd uklart om kravet om skriftlighet utgjør et gyldighetskrav eller bare uttrykker en offentligrettslig plikt til å benytte en viss form. På samme måte står kravet om klarhet i første ledd i et visst motsetningsforhold til alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper, som ikke nødvendigvis forutsetter at forpliktelser skal være klart beskrevet i avtaleteksten.

Det kan rettes lignende innvendinger mot § 5 andre ledd. At en part ikke ensidig kan endre innholdet i avtaleforpliktelsene etter at en avtale er inngått, er selvsagt og ligger implisitt i avtalebegrepet. Angivelsen av dette i utkastet til § 5 kan bidra til å skape et inntrykk av at regelen ikke ville gjelde uten en uttrykkelig angivelse i lovforslaget, noe som i så fall er uheldig. Å lovfeste sider ved grunnleggende avtalerettslige prinsipper kan også ha andre utilsiktede virkninger. Når prinsippene vanligvis ikke er lovfestet i sin generelle form, skyldes det nettopp at de er å anse som *utgangspunkter*. Det gjelder flere modifikasjoner i prinsippet om at avtaler skal holdes, som ikke kommer til uttrykk i lovteksten i § 5. For eksempel kan det være uklart om lovforslaget § 5 andre ledd åpner for at partene forhåndsavtaler en ensidig justeringsadgang innenfor visse rammer og under bestemte forutsetninger. Bestemmelsen står videre i et uavklart forhold til reglene om avtalerevisjon, jf. særlig avtaleloven § 36, og den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.

Siden § 5 andre ledd bare uttrykker det selvsagte og kan misforstås, foreslår vi at bestemmelsen sløyfes. Under enhver omstendighet foreslår vi at det tilføyes en presisering i § 5 av forholdet til de avtalerettslige reglene. En slik bestemmelse kan for eksempel inntas i et nytt andre eller tredje ledd (avhengig av om nåværende andre ledd beholdes eller ikke) og lyde slik: «Bestemmelsene i første [og andre] ledd har ikke i seg selv virkninger for partenes avtaleforhold.»

Også bestemmelsen i lovforslaget § 6 har et kontraktsrettslig preg. Det er uklart hvordan denne bestemmelsen forholder seg til alminnelige privatrettslige regler om opplysningsplikt. Vi peker for det første på at opplysningsplikten etter lovteksten synes å gå langt: Den omfatter all informasjon som «den andre parten besitter for fastleggelsen av forpliktelsene etter avtalen». Det er ikke uten videre gitt at dette samsvarer med de privatrettslige reglene, selv om det ifølge høringsnotatet punkt 6.2.4.4 er tilsiktet at bestemmelsen innholdsmessig skal tilsvare «de alminnelige kontraktsrettslige prinsipper om lojalitet i kontraktsforhold». Vi tilføyer at vurderingstemaet fremstår som nokså vagt og vanskelig å praktisere. For det andre er lovteksten uformet slik at den gir partene et «krav» på informasjon. En slik formulering leder tanken i retning av en privatrettslig rettighetsbestemmelse, selv om det fremgår av høringsnotatet punkt 6.2.4.4 at reguleringen skal være «offentligrettslig» (noe som i seg selv ikke er entydig). Vi anbefaler å klargjøre lovteksten på dette punktet.

Det kan også stilles spørsmål om nytten av en bestemmelse som den som er inntatt i lovforslaget § 6. Et påbud fra tilsynsmyndigheten om å utlevere informasjon fremstår som et lite praktisk virkemiddel av flere grunner. Det vil ofte ikke bli klart at det er holdt tilbake relevant informasjon før *etter* at en avtale er inngått, og da bør det interessante være avtalerettslige ugyldighetsregler og kontraktsrettslige regler om misligholdt opplysningsplikt, slik det også er forutsatt i høringsnotatet punkt 6.2.4.4. Og hvis det likevel skulle oppstå en situasjon der den ene parten forut for avtaleinngåelsen er kjent med at den andre parten holder tilbake relevant informasjon, antas et pålegg etter lovforslaget § 14 første ledd å ha liten effekt i seg selv. Parten som holder tilbake informasjon, står vel i utgangspunktet fritt til å avbryte avtaleforhandlingene og trekke seg ut av situasjonen hvor opplysningsplikten gjelder, hvis spørsmålet om opplysningsplikt først skulle være tilstrekkelig viktig for parten. Hvis derimot utsiktene til at det ikke blir noe av avtalen, forhindrer parten fra å trekke seg, er det ikke nødvendig med noe pålegg: Å signalisere at avtalen ikke blir noe av hvis ikke visse opplysninger meddeles, er et pressmiddel som allerede står til partenes disposisjon. Etterfølgende «fastsettelsesvedtak» etter lovforslaget § 14 andre ledd synes på sin side ikke å ha noen rettslige virkninger etter § 15. Den avskrekkende virkningen av slike vedtak antas derfor å være begrenset, og det kan spørres om reguleringen i § 6 da tilfører noe utover de virkemidlene man har til rådighet i dag.

Hvis man til tross for motforestillingene fortsatt ønsker å bringe denne delen av privatretten inn under den offentligrettslige håndhevingen, slik det uttrykkes i høringsnotatet punkt 6.2.4.4, vil det etter vårt syn være bedre om § 6 angir at partene skal meddele hverandre de opplysningene som de har krav på etter alminnelige avtalerettslige regler, eventuelt med en presisering av disse reglene (jf. særlig kravene som kan utledes av avtaleloven § 33 og kontraktslovgivningens bestemmelser om opplysningsplikt, for eksempel kjøpsloven § 19 første ledd bokstav b).

### Forretningshemmeligheter

Lovforslaget har i § 7 en bestemmelse om ulovlig utnyttelse av forretningshemmeligheter. Beskyttelse av forretningshemmeligheter, blant annet hva som utgjør en forretningshemmelighet, håndhevingsmidler og ulovlig tilegnelse og videregivelse, er utførlig regulert i direktiv (EU) nr. 2016/943. Et forslag om ny lov om vern av forretningshemmeligheter til gjennomføring av direktivet i norsk rett ble sendt på høring 26. november 2018. Direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 den 29. mars 2019, og JD arbeider med en lov- og samtykkeproposisjon i saken.

Med gjennomføringen av det nye direktivet innføres altså en generell lov om vern av forretningshemmeligheter i norsk rett. Denne vil gjelde også for dagligvaresektoren, og gi et godt vern. En særregulering som i lovforslaget fremstår derfor som mindre aktuelt enn tidligere. Videre er reguleringen i direktivet av tillatte og ikke tillatte handlinger når det gjelder forretningshemmeligheter relativt kompleks. Det er derfor risikabelt å innføre en egen norm for hvilke handlinger som ikke skal være tillatt når det gjelder forretningshemmeligheter i dagligvaresektoren, slik § 7 i lovforslaget legger opp til. Man risikerer at denne bestemmelsen ikke vil være i samsvar med direktivet og følgelig medfører en uriktig EØS-gjennomføring. Den foreslåtte ordlyden er heller ikke på linje med bestemmelsene i direktivet artikkel 4. For eksempel heter det i § 7 i forslaget at det kreves at produkter «klart» må skille seg fra «det opprinnelige konseptet» for at det skal foreligge et inngrep i en forretningshemmelighet. Dette er ikke i samsvar med direktivet artikkel 2 nr. 4. Produkter som utgjør inngrep, er her definert som produkter som «significantly benefits from trade secrets unlawfully acquired, used or disclosed».

Det er også problematisk at § 7 i lovforslaget er utformet som en plikt til å unngå å benytte andres ideer til produkter mv. som ikke skiller seg klart fra det opprinnelige konseptet. Det kan da motsetningsvis fremstå som at det er greit å utnytte andres ideer i andre sammenhenger enn der det dreier seg om samme type produkt. Dette er ikke nødvendigvis i samsvar med kravet til god forretningsskikk etter markedsføringsloven § 25. Det er også uheldig at ordlyden i § 7 i forslaget omfatter alle opplysninger som en part gjøres kjent med, uten at det tas forbehold om at parten lett kunne ha skaffet seg de aktuelle opplysningene gjennom åpne kilder, eller at opplysningene er så banale at parten selv kunne ha fremskaffet dem uten vesentlig innsats eller omfattende investeringer. Et så omfattende vern vil blant annet kunne medføre at det blir vanskeligere for mindre næringsaktører å etablere samarbeid med større. De større aktørene vil da kunne frykte å få sitt kommersielle handlingsrom begrenset når de mottar opplysninger fra mulige samarbeidspartnere.

På denne bakgrunnen mener vi at lovforslaget § 7 om forretningshemmeligheter i utgangspunktet bør utgå.

#### Taushetsplikt

I § 17 første ledd i forslaget bør det i utgangspunktet benyttes den samme formuleringen som i forvaltningsloven § 13, altså at den som utfører arbeid eller

tjeneste for tilsynet eller klageinstansen, plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til identiteten til tipsere.

Vi antar at de som utfører arbeid eller tjeneste for tilsynet og klageinstansen, skal ha taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 på vanlig måte for andre opplysninger enn identiteten til tipsere, og at reglene i §§ 13 a til 13 e om begrensninger i taushetsplikten i utgangspunktet skal gjelde fullt ut. Ut fra dette bør utkastet til § 17 tredje ledd tas ut. For øvrig bør det gå tydelig fram at den vanlige taushetsplikten etter forvaltningsloven §§ 13 flg. gjelder.

Det er opplysninger som er omfattet av taushetsplikt, ikke hele saksdokumenter. § 17 andre ledd andre punktum i forslaget bør således endres.

#### Svalbard

Vi ber om at det tas kontakt med Polaravdelingen i JD vedrørende lovens anvendelse på Svalbard.

#### Enkelte andre merknader

I § 3 bør første ledd første punktum bør endres til «Tilsynet kontrollerer ...» eller en annen passende formulering for å unngå gjentakelse. Andre punktum er delvis en gjentakelse av første punktum, siden det gjentas at tilsynet skal kontrollere at lovens bestemmelser overholdes og føre tilsyn. Dette fremgår allerede av første punktum, og disse gjentakelsene bør unngås. Det er dessuten neppe behov for å lovfeste at tilsynet skal gi veiledning og informasjon.

I § 11 er det tilstrekkelig å si «Ingen må benytte ...».

I § 15 bør «brudd på» utgå i første ledd bokstav b og c. Dette følger allerede av den innledende teksten.

Med hilsen

Arnulf Tverberg e.f.  
avdelingsdirektør

Kaja Midtbø Stadshaug  
lovrådgiver

*Dokumentet er godkjent og sendes uten signatur*