

Lov om forretningshemmeligheder i perspektiv til virksomhedsoverdragelse

KRISTOFFER IDEN MØLLER
STUDIENR. 20145671

Indholdsfortegnelse

1. Abstract	3
2. Indledning	4
2.1 Emnevalg og problemformulering	4
2.2 Praktisk eksempel	5
2.2.1 Køberprofiler	5
2.2.2 Overdragelsesmetode	6
2.2.3 Due diligence-undersøgelse og datarum	7
2.2.4 Eksempel	7
2.3 Afgrænsning	8
2.4 Metode og retskilder	10
2.4.1 Metode	10
2.4.2 Retsskilder og retsskildhierarkiet	10
2.4.3 Anvendte retsskilder	11
2.4.4 Anvendte forarbejder til MFL § 23	12
2.4.5 Kort om EU-ret og direktiver	13
2.5 Struktur	14
3. Markedsføringslovens § 23	14
3.1 Formålet med beskyttelse af erhvervshemmeligheder	14
3.2 Gennemgang af bestemmelsen	14
3.2.1 Fortolkning af erhvervshemmeligheder	15
3.2.2 Kendskab og rådighed over erhvervshemmeligheder (§ 23, stk. 1 og 2)	21
3.2.3 Ubeføjet videregivelse og benyttelse af erhvervshemmeligheder (§ 23, stk. 2)	23
3.2.4 Personkreds (§ 23, stk. 1-3)	25
3.2.5 Beskyttelse af tekniske tegninger, opskrifter, beskrivelser, modeller, mv. (§ 23, stk. 4)	28
3.2.6 Hæleribestemmelse (§ 23, stk. 5)	30
3.3 Delkonklusion	32
4. Lov om Forretningshemmeligheder	33
4.1 Formålet med direktiv 2016/943	33
4.2 Gennemgang af loven	34
4.2.1 Definitioner (FHL § 2)	34
4.2.2 Lovlig erhvervelse, brug og videregivelse (FHL § 3)	42
4.2.3 Ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse (FHL § 4)	45
4.3 Delkonklusion	49

5. Anvendelse af FHL ved M&A	50
5.1 Forberedelsesfasen	51
5.1.1 Sælgers forberedelse	51
5.1.2 Købers forberedelse	51
5.2 Opstartsfasen	52
5.2.1 Parternes indledende kontakt	52
5.2.2 Foreløbige aftaledokumenter	53
5.3 Undersøgelsesfasen.....	55
5.3.1 Due diligence-undersøgelsen.....	55
5.3.2 Datarumsadgang og erhvervelse, brug og videregivelse	56
5.4 Den afsluttende fase.....	58
5.4.1 Forhandlinger afsluttes uden overdragelse	58
5.4.2 Forhandlinger afsluttes med overdragelse	60
5.5 Delkonklusion	63
6. Konklusion	64
7. Litteraturliste	67

1. Abstract

The thesis examines the protection of trade secrets in Danish legislation. For this purpose, the application of the former § 23 of the Marketing Practices Act is established. The usage of the newly passed Trade Secrets Act is analyzed as well. Finally, the Trade Secrets Act is put into perspective of the practices of the legal areas of mergers and acquisitions. The purpose of this is to find out whether or not the passing of the Trade Secrets Act has an impact on the area of law in mergers and acquisitions. The method used is the legal judicial method. The method requires an interpretation of domestic legal sources in order to determine the applicable law. Danish legislation, preliminary works and case law is used to achieve this determination. Furthermore, legal customs and principles are applied to determine the legal area of mergers and acquisitions. Scholarly works are taken into account as well, although they are not regarded as domestic legal source. The former § 23 of the Marketing Practices Act could be applied in situations where employees, business partners or others with an economic interest in a certain company had improperly gained knowledge or availability of a trade secret. The provision also applied to situations where the employee, business partner or other had been given access to the trade secret but afterwards had used the trade secret unauthorized or disclosed it to a third party. In § 23 of the Marketing Practices Act there was also a protection of technical drawings, descriptions and such. These differed from trade secrets since they were meant to be disclosed to people outside of the company. Finally, § 23 could apply in situations where a third party had used a trade secret which had been disclosed to him illegally. The Trade Secrets Act is in many ways similar to § 23 in the Marketing Practices Act. This is because the preliminary works state that the concept of trade secrets in the Trade Secrets Act and the Marketing Practices Act are to be considered the same. Terms like acquisition, use and disclosure in the new act are also meant to be understood in accordance with the § 23 in the Marketing Practices Act. However, the Trade Secrets Act has a different approach to dealing with disputes about unauthorized acquisition, use and disclosure. This is because the Trade Secrets Act focuses on the illegality of certain actions, whereas the Marketing Practices Act expressed itself in general terms. The Trade Secrets Act also offer a range of definitions that can be used to prevent future disputes since there now is an easily accessible tool to determine the basis of the acts protection. In regards to the Trade Secrets Act's impact on mergers and acquisitions, a revolutionary amendment to the legal area has not occurred. Although the Trade Secrets Act offers a more elaborate legal basis, the

parties involved should remain vigilant in the process of confidentiality. It is recommendable that the parties continue to follow the customs and legal principles in mergers and acquisitions. It is estimated that The Trade Secrets Act has not rendered the use of non-disclosure agreements and anti-competitive agreements obsolete.

2. Indledning

2.1 Emnevalg og problemformulering

Den 9. juni 2018 blev § 23 i lov nr. 426 af 3. maj 2017 om markedsføring (MFL) ophævet, jf. § 20 i lov nr. 309 af 25. april 2018 om forretningshemmeligheder (FHL). Bestemmelsen beskyttede erhvervshemmeligheder. Samme dag trådte FHL i kraft, som implementerer direktiv 2016/943¹ i dansk ret.

Med ophævelsen af MFL § 23 og FHL's ikrafttræden er det relevant at undersøge, hvorvidt retsstillingen inden for beskyttelse af erhvervshemmeligheder har ændret sig som følge heraf, og hvad disse eventuelle ændringer består i.

Udover de teoretiske ændringer er det også relevant at se på, om eventuelle ændringer giver anledning til forandringer i praksis. Særligt ved virksomhedsoverdragelse (M&A²) er fortrolighed ofte et centralt emne. Dette skyldes, at erhvervshemmeligheder kan være en virksomheds største aktiver. Beskyttelse og hemmeligholdelse er derfor vigtig for virksomhedssælger. Virksomhedskøber er ofte interesseret i at opnå viden om hemmelighederne. Efter overdragelsen er gennemført, vil det skifte, så køber herefter har den primære hemmeligholdelsesinteresse.

Til beskyttelse af erhvervshemmeligheder i M&A har MFL § 23 fungeret som lovhjemmel for fortrolighedsforpligtelser. Dette er i praksis blevet suppleret med ulovreguleret beskyttelse som f.eks. fortrolighedsaftaler og parternes gensidige loyalitetsforpligtelse.

Efter ophævelsen af MFL § 23 er denne selvsagt ikke længere gældende inden for M&A. Beskyttelsen følger i stedet af FHL, hvis betydning for retsstillingen på området er relevant at undersøge nærmere, da fortrolighed spiller så vigtig en rolle i M&A. Det er i den henseende ikke

¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2016/943 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse.

² Den engelske betegnelse for virksomhedsoverdragelse er mergers and acquisitions, som forkortes til M&A.

blot nødvendigt at undersøge, om ordlyden af FHL giver samme beskyttelse som MFL § 23. FHL's samspil med de ulovregulerede fortrolighedsforpligtelser må ligeledes tages i betragtning.

Specialet vil udformes ud fra følgende problemformulering:

Hvordan har retsstillingen for beskyttelse af erhvervshemmeligheder ændret sig med indførelse af lov om forretningshemmeligheder, og hvilke ændringer vil det kunne medføre i praksis ved M&A?

2.2 Praktisk eksempel

I dette afsnit vil der blive givet et praktisk eksempel, som vil blive anvendt til at sætte de løbende delkonklusioner i perspektiv. Der er visse sondringer og begreber af praktisk relevans for M&A, som af hensyn til forståelsen vil blive gennemgået først.

2.2.1 Køberprofiler

I M&A-transaktioner kan der sondres mellem to forskellige køberprofiler. Det er finansielle og industrielle købere. Det afgørende for adskillelsen af de to er deres hensigt med M&A-transaktionen.

En finansiell købers hensigt vil være at købe den pågældende virksomhed³ af investeringsmæssige årsager. Målselskabet har ikke nødvendigvis noget at gøre med købers kerneforretning. Finansielle købere er ofte kredit- eller pengeinstitutter.⁴

Finansielle købere er ofte bevidste om, at oplysninger skal behandles i fortrolighed. Såfremt en værdifuld hemmelighed bliver offentliggjort, vil målselskabets værdi falde. Herved besværliggøres et senere videresalg af målselskabet for køberen. Samtidig kan finansielle købere sædvanligvis ikke misbruge fortrolige oplysninger, da de ikke er aktører på målselskabets marked.⁵

Industrielle købere vil være interesserede i målselskabet af kommercielle årsager. Disses kerneforretning er ofte identisk med målselskabets. Formålet med købet vil oftest være af konkurrencemæssige hensyn.⁶

³ Sælgers virksomhed benævnes fremadrettet målselskab.

⁴ Hansen og Lundgren, 2014, side 35.

⁵ Ibid, side 142.

⁶ Ibid, side 35.

Da en industriel køber vil være en konkurrent eller anden aktør på målselskabets marked, er sondringen relevant. I M&A-processer med industrielle købere er fortrolighed oftest en vigtig faktor for både køber og sælger.

For købers vedkommende skyldes det et ønske om at holde andre købere ude af processen.⁷ For sælger vil fortrolighed være afgørende, da en fejlslagen forhandlingsproces vil medføre, at køber er blevet bekendt med målselskabets hemmeligheder.⁸ Fortrolighed må af denne grund spille en betydelig rolle ved virksomhedssalg til industrielle købere.

2.2.2 Overdragelsesmetode

Et andet overvejsesmoment er, hvorvidt overdragelsesmetoden har relevans for fortrolighed. Som udgangspunkt kan der sondres mellem to former for overdragelse. Det er hhv. aktie- og aktivoverdragelse.

Aktieoverdragelse er en købsmetode, hvor aktier, anparter eller andre former for andele i målselskabet erhverves.⁹ Disse kapitalandele udgør herved overdragelsens genstand.

Ved aktieoverdragelse er fortrolighed relevant, da køber får indsigt i målselskabets produktionsmetoder/knowhow, kundekartotek, samarbejdsaftaler, mv. I de tilfælde hvor overdragelsen ikke gennemføres, har køber opnået kendskab til fortrolige oplysninger, som spiller en væsentlig rolle for målselskabets konkurrenceevne. Der foreligger derfor en risiko for, at køber anvender denne viden til skade for målselskabet f.eks. ved at forsøge at hverve kunder til sin egen virksomhed.

Ved aktivoverdragelse forstås erhvervelse af målselskabets aktivitet. Det kan være ved opkøb af produktionsapparat, immaterielle aktiver og rettigheder, bygning og lokaler, mv. Her udgør overdragelsens genstand alle omsætnings- og anlægsaktiver.¹⁰

Fortrolighed ved aktivoverdragelse spiller ligeledes en vigtig rolle. De fortrolige oplysninger, som køber kan komme i besiddelse af, begrænses dog til overdragelsens genstand. Køber kan eksempelvis ikke kræve indsigt i samarbejdsaftaler med underleverandører, hvis disse aftaler i øvrigt

⁷ Gianelli m.fl., 2016, side 26.

⁸ Hansen og Lundgren, 2014, side 142.

⁹ Ibid, side 65.

¹⁰ Ibid.

er uvedkommende for det omhandlede aktiv. Herved kan omfanget af udleverede hemmeligheder begrænses.

Modsætningsvis følger dog, at køber vil kunne kræve samme indsigt som ved aktieoverdragelse, hvis alle målselskabets aktiver skal overdrages. Mængden af fortrolige oplysninger afhænger i sidste ende af overdragelsens genstand.

2.2.3 Due diligence-undersøgelse og datarum

Due diligence betegner købers undersøgelse af målselskabet.¹¹ Formålet med undersøgelsen er at afdække interne og fortrolige forhold, så køber får et oplyst grundlag at vurdere virksomheden ud fra. Helt konkret skal køber have mulighed for at afdække risici ved købet, før der kan forhandles om overdragelsens gennemførelse.¹²

I forbindelse med købers due diligence skal sælger stille relevant materiale til rådighed, så køber kan tilgå og undersøge det. I praksis sker dette ved at samle materialet et datarum, som stilles til rådighed i elektronisk form.¹³

2.2.4 Eksempel

På baggrund af sondringerne ovenfor vil det praktiske eksempel tage udgangspunkt i, at det er en industriel køber, som ønsker at erhverve målselskabet. Den tiltænkte overdragelsesmetode er aktieoverdragelse. Køber får derfor indsigt i alle målselskabets fortrolige oplysninger.

Det eksempel, som der løbende vil blive refereret til, er, som følger:

Køber (fremadrettet benævnt K) er en medicinalproducerende virksomhed, som hidtil har indkøbt emballage til sine produkter fra tredjemand. Køber har dog fået interesse i at påbegynde produktion af emballage selv og ønsker derfor at erhverve et emballeringsselskab. Overdragelsen ønskes gennemført som en aktieoverdragelse, hvorefter målselskabet vil indgå som et datterselskab, som er 100 procent ejet af K.

Målselskabet er et emballeringsselskab. I målselskabet er der ansat en række nøglemedarbejdere i markedsføringsafdelingen. Disse har foretaget markedsundersøgelser og udviklet en

¹¹ Hansen og Lundgren, 2014, side 247 og Gianelli, 2016, side 33.

¹² Hansen og Lundgren, 2014, side 247.

¹³ Hansen og Lundgren, 2014, side 129 og Gianelli, 2016, side 35.

forretningsstrategi. Den nye strategi omhandler bl.a. en markedsindtrædelse på andre skandinaviske markeder. Udover nøglemedarbejderne i markedsføringsafdelingen er der en nøglemedarbejder i driftsafdelingen. Det er en afdelingsleder, som har optimeret driften ved at ændre produktionsmetoden af emballagen. Det har krævet omkostningstung forskning og mange forsøg men har betydet, at produktionsomkostningerne er faldet med 20 %.

Efter parterne har oprettet kontakt til hinanden, får K adgang til at foretage due diligence. Målselskabets ejer ønsker at overdrage virksomheden forholdsvis hurtigt og antager ikke juridisk bistand. Der indgås ikke en fortrolighedsaftale, før K og dets rådgivere får fuld adgang til datarummet, hvor alle målselskabets fortrolige oplysninger er samlet. Det er bl.a. målselskabets produktionsmetode, forretningsstrategi og kundekartotek. Der udleveres desuden et udkast til den rammeaftale, som skal bruges til indgåelse af samarbejdsaftaler i resten af Skandinavien.

Efter afslutningen af Ks due diligence er der en kort forhandlingsproces om prisen. Parterne kan ikke blive enige, og overdragelsen afbrydes.

Efter forhandlingernes sammenbrud indgår K en samarbejdsaftale med en af målselskabets konkurrenter. For at styrke det nye samarbejde fortæller K om målselskabets optimerede produktionsmetode og nye markedsstrategi. Konkurrenten får desuden en kopi af rammeaftalen, som målselskabet vil anvende til at oprette samarbejder med i de øvrige skandinaviske lande.

Et halvt år efter forhandlingerne er brudt sammen, opsiger alle nøglemedarbejderne, og tiltræder nye stillinger ved konkurrenten. Konkurrenten har desuden iværksat en ny markedsstrategi, og har udvidet sin virksomhed til også at omfatte Norge og Sverige. Konkurrentens nye strategi er på væsentlige områder ens med målselskabets.

2.3 Afgrænsning

Dette speciale vil undersøge, hvordan beskyttelsen af erhvervshemmeligheder var før og efter indførelsen af FHL i dansk ret. Beskyttelsesomfanget af FHL vil desuden blive sat i perspektiv til M&A.

Der vil være en kort gennemgang af Danmarks forpligtelser til vedtagelse af direktiver fra den Europæiske Union (EU). Der vil dog ikke ske en nærmere gennemgang af eller overvejelser om EU-regler. Retstilstanden i andre medlemsstater i EU vil ligeledes ikke blive berørt. Specialet vil udelukkende fokusere på ændringen i dansk ret.

Andre lovregulerede fortrolighedsforpligtelser vil ikke blive behandlet, da formålet med specialet er at gennemgå beskyttelsesreglerne for erhvervshemmeligheder efter MFL § 23 og FHL.

For at definere beskyttelsen efter MFL § 23 vil det materielle indhold blive behandlet. Der vil ikke ske behandling af MFL §§ 24 (retsmidler) og 32-38 (sanktionering), da det falder uden for problemformuleringens sigte. I FHL foreligger modstykket til MFL § 23 i FHL §§ 1-4, som regulerer de samme områder, som MFL § 23 gjorde. Specialet vil af den grund forholde sig disse bestemmelser for at fastlægge beskyttelsens omfang efter den nye lov. Behandling af bestemmelserne i FHL §§ 5-22 vil ikke forekomme, da disse omhandler sanktionering og retsmidler.

Til fastlæggelsen af FHL's anvendelse i forbindelse med M&A vil FHL §§ 1-4 blive fortolket i perspektiv til M&A-processen. Der vil her ske behandling af de faser, hvor fortrolighed spiller en central rolle. Der vil således ikke ske en gennemgang af de alle faser i M&A. Selvom både MFL § 23 og FHL regulerer retsstillingen for ansatte og samarbejdspartnere, vil hovedsigtet med anvendelsen i M&A være at afdække, hvorledes FHL påvirker retsstillingen mellem køber og sælger i M&A-situationen. Hertil inddrages også sædvaner og ulovregulerede fortrolighedsforpligtelser på området. Parternes gensidige loyalitetsforpligtelse har relevans for retsstillingen ved M&A og vil blive behandlet. Der vil dog ikke blive foretaget en selvstændig og detaljeret analyse af forpligtelsen. Indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler mellem de handlende parter vil desuden blive inddraget. Ansattes rettigheder og pligter ved M&A vil ikke være genstand for behandling i specialets afsluttende afsnit. Indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler mellem en arbejdsgiver og en ansat vil ligeledes ikke blive undersøgt, da det ikke er relevant for problemformuleringen.

Immaterielle enerettigheder vil ikke blive behandlet. Der vil derfor ikke indgå overvejelser eller vurderinger af, hvorvidt en given erhvervshemmelighed kan få beskyttelse efter immaterialretten. Beskyttelse af erhvervshemmeligheder efter The Agreement in Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights vil ligeledes ikke blive behandlet. Specialet vil udelukkende fokusere på FHL's beskyttelse i forhold til den tidligere MFL § 23.

Specialet vil ikke omhandle selskabsretlige overvejelser i forbindelse med M&A. M&A ved fusion vil ikke blive behandlet. Omdrejningspunktet for anvendelsen af FHL ved M&A vil udelukkende være i forhold til relationen mellem køber og sælger.

2.4 Metode og retskilder

I dette afsnit fastlægges den anvendte metode og de relevante retskilder. Indledningsvis fastlægges den anvendte metode. Dernæst vil der være en generel beskrivelse af, hvilke retskilder der findes inden for det danske retssystem. Derefter gennemgås de retskilder, som vil blive brugt til besvarelse af problemformuleringen. Afslutningsvis vil der være visse bemærkninger til valg af forarbejder til MFL § 23 og en beskrivelse af direktiv 2016/943 i forhold til dansk ret.

2.4.1 Metode

Formålet med dette speciale er at undersøge retsstillingen for beskyttelse af erhvervshemmeligheder efter MFL § 23 og FHL samt anvendelse af FHL i M&A.

For at undersøge retsstillingen må det fastlægges, hvad gældende ret (de lege lata) er. Ved gældende ret forstås de pligter, forbud, påbud og rettigheder, som eksisterer i samfundet.¹⁴ For at afdække gældende ret i Danmark anvendes den retsdogmatiske metode¹⁵.

Den retsdogmatiske metode tager udgangspunkt i en gennemgang af relevante retskilder, da det er disse, der danner grundlaget for, hvad der forstås ved gældende ret.¹⁶ Ret skilder er ikke blot nedskrevne bestemmelser men ligeledes uskrevne præmisser, som fører til en konklusion af retstilstanden på et givent område.¹⁷

Gældende ret kan ikke beskrives ved anvendelse af en enkelt retskilde. I stedet skal alle relevante retskilder inddrages, før gældende ret kan anses for tilstrækkeligt beskrevet.¹⁸ Ved anvendelse af den retsdogmatiske metode må der tages udgangspunkt i retskildernes hierarki.¹⁹

2.4.2 Ret skilder og retskildehierarkiet

I det danske retssystem er der overordnet set fire grupper af retskilder, som danner grundlag for gældende ret. Disse er loven, retspraksis, sædvaner og forholdets natur.²⁰ Denne normering illustrerer ligeledes det overordnede retskildehierarki, som er udtryk for hvilke retskilder, der har en højere værdi end andre. Såfremt to retskilder regulerer samme problematik, bliver den *svagere*

¹⁴ Tvarnø og Denta, 2015, side 35

¹⁵ Andersen, 2002, side 97.

¹⁶ Tvarnø og Denta, 2015, side 49.

¹⁷ Tvarnø og Denta, 2015, side 35 og Andersen, 2002, side 132.

¹⁸ Tvarnø og Denta, 2015, side 36.

¹⁹ Ibid, side 49-50.

²⁰ Ibid, side 36-37.

retskilde uvirksom.²¹ Hver af de overordnede retskilder indeholder en række underpunkter, som ligeledes er rangeret i et hierarki.

Loven er den mest tungtvejende retskilde i dansk ret. Under denne betegnelse falder f.eks. grundloven, sædvanlige love, bekendtgørelser, cirkulærer, m.m.²²

I det interne hierarki placeres grundloven øverst. Det betyder bl.a., at der ikke må vedtages love, som er i strid med grundloven.²³ Modsætningsvis har love forrang for bl.a. bekendtgørelser. Det skyldes, at bekendtgørelser kræver hjemmel i lov²⁴. Denne retskildegruppe indeholder ligeledes lovforarbejder, betænkninger, m.m.²⁵

Retspraksis repræsenterer afgørelser fra domstolene. Det interne hierarki skelner mellem de instanser, hvor afgørelsen er afsagt. Den højeste dømmende myndighed i Danmark er Højesteret. Afgørelser herfra vægter derfor tungere end afgørelser fra By- og Landsretten.²⁶

Afgørelser fra højere instanser i domstolssystemet har højere præjudikatværdi. Herved forstås, at en dom med høj præjudikatværdi kan være ledende for retsstillingen i senere sager.²⁷

Ved sædvaner forstås en fast praksis som følges, uden at der er en aftalt forpligtelse hertil.²⁸ Herunder hører bl.a. retssædvaner, kutymen og partssædvaner.²⁹

Under forholdets natur falder bl.a. retsgrundsætninger og retsprincipper.³⁰ Det kan være f.eks. culpa og parternes gensidige loyalitetsforpligtelse.³¹

2.4.3 Anvendte retskilder

Problemformuleringen vil blive belyst ved anvendelse af hver af de overordnede retskilder.

²¹ Andersen, 2002, side 133-134.

²² Tvarnø og Denta, 2015, side 36.

²³ Ibid, side 37.

²⁴ Andersen, 2002, side 146.

²⁵ Ibid, side 144-145.

²⁶ Ibid, side 134.

²⁷ Ibid, side 155.

²⁸ Andersen, 2002, side 159.

²⁹ Tvarnø og Denta, 2015, side 37.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid, side 50.

Til fastlæggelsen af hvad, der var gældende ret efter MFL § 23, vil der blive taget udgangspunkt i bestemmelsens ordlyd. Hertil vil forarbejder blive inddraget for at fastlægge bestemmelsens formål. De i den forbindelse anvendte forarbejder gennemgås i afsnit 2.4.4 nedenfor. Retspraksis vil desuden blive anvendt for at undersøge, hvorledes MFL § 23 blev anvendt i praksis. Der vil blive inddraget afgørelser fra Højesteret, Landsretten og Sø- og Handelsretten.

Gældende ret efter FHL vil blive fastlagt på baggrund af lovens §§ 1-4. Hertil inddrages bestemmelsernes ordlyd samt forarbejder til lovforslaget. Præambelbemærkningerne vil ligeledes blive brugt til formålsfortolkning. Der er endnu ikke afsagt nogen afgørelser på anvendelse af FHL, hvorfor dette ikke kan og vil inddrages i specialet. Der vil i stedet blive inddraget afgørelser efter MFL § 23, hvor analogi gør det muligt.

Ved fastlæggelsen af FHL's anvendelse i M&A inddrages lovens §§ 1-4. Sædvaner inden for M&A vil desuden blive belyst i det omfang, de har relevans. Der er bl.a. tale om sædvaner for indgåelse af fortrolighedsaftaler, som spiller en rolle inden for M&A. Parterne har desuden en gensidig loyalitetsforpligtelse, som er relevant for fastlæggelsen af gældende ret på området. Der foreligger ikke offentliggjort retspraksis om beskyttelse af erhvervshemmeligheder inden for M&A. Øvrige domme inden for anvendelse af MFL § 23 vil derfor blive anvendt analogt i det relevante omfang.

Selvom den retsdogmatiske metode tager udgangspunkt i retskilder, kan disse suppleres med nødvendige fortolkningsbidrag.³² Juridisk litteratur vil derfor blive inddraget som bidrag til fortolkningen og analysen af gældende ret igennem hele specialet.

2.4.4 Anvendte forarbejder til MFL § 23

Den første markedsføringslov blev vedtaget som lov nr. 297 af 14. juni 1974 om markedsføring (L 1974/297). Beskyttelsen af erhvervshemmeligheder var hjemlet i lovens § 9. Før denne vedtagelsen var erhvervshemmeligheder beskyttede af lov nr. 98 af 29. marts 1924, jf. lovbekendtgørelse nr. 145 af 1. maj 1959 om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse (LBK 1959/125) § 11.

³² Tvarnø og Denta, 2015, side 49.

Ordlyden af MFL § 23 sås første gang i en betænkning fra 1966³³ (bet. 1966/416). Denne ordlyd blev senere medtaget i et ændringsforslag³⁴ (LFF 1972/37) til LBK 1959/125. Efter vedtagelsen af denne ændringslov blev ordlyden af LBK 1959/125 § 11 ændret og fik den formulering, som blev indført i L 1974/297 § 9.

I bemærkningerne til § 9 i lovforslaget³⁵ til L 1974/297 henvistes der til en betænkning fra 1973³⁶, hvorfra der henvistes til bemærkningerne til LFF 1972/37. I LFF 1972/37 henvistes der endeligt til bet. 1966/416.

På baggrund af disse henvisninger anvendes bemærkningerne til bet. 1966/416 og LFF 1972/37 som forarbejder ved gennemgangen af MFL § 23. Dette beror på, at det ved fremsættelsen af forslaget til L 1974/297 ikke har følt det nødvendigt at supplere tidligere bemærkninger yderligere. Bet. 1966/416 og LFF 1972/37 udgør derfor grundlaget for en formålsfortolkning af MFL § 23.

2.4.5 Kort om EU-ret og direktiver

Ved indtrædelse i EU har Danmark forpligtet sig til et samarbejde. Ved dette samarbejde har EU fået hjemmel til at udstede forskellige former for retsakter.³⁷ Vedtagelsen af FHL i dansk ret udspringer af direktiv 2016/943. Direktivet blev vedtaget den 8. juni 2016 af Europa-Parlamentet og Europarådet.

Direktiver er retsakter på linje med sædvanlige love i det danske retskildehierarki.³⁸ Direktiver har dog ikke direkte virkning over for EU's borgere.

Et direktiv er bindende for alle medlemsstater, jf. Traktaten for den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) art. 288. Efter bestemmelsen overlades det dog til medlemsstaterne, hvordan de vil implementere et givent direktiv i national ret.

Direktivet er vedtaget i henhold til TEUF art. 114. Det betyder, at det er vedtaget af Rådet og Parlamentet. Disse organer har kompetencen til at vedtage foranstaltninger, som er nødvendige for

³³ Betænkning nr. 416 af 1966.

³⁴ Forslag til Lov om ændring af borgerlig straffelov, af lov om ikrafttræden af borgerlig straffelov m.m., af lov om rettens pleje og af lov om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse.

³⁵ Lovforslag nr. 120 af 8. marts 1974.

³⁶ Forbrugerkommissionens betænkning nr. 681 af 1973.

³⁷ Andersen, 2002, side 150.

³⁸ Tvarnø og Denta, 2015, side 36.

en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes nationale love, jf. art. 114. Formålet med denne tilnærmelse er at sikre det indre markeds oprettelse og funktion, jf. TEUF art. 114, stk. 1. Hvad, der skal forstås ved det indre marked, følger af TEUF art. 26, stk. 2.

2.5 Struktur

I dette afsnit vil struktureringen af specialet kort blive oplyst.

Afsnit 3 vil fokusere på MFL § 23 med henblik på at fastlægge beskyttelsen, der fulgte af den tidligere gældende bestemmelse. I afsnit 4 gennemgås FHL §§ 1-4 med henblik på at afdække beskyttelsesomfanget efter den nye lov. Potentielle forskelle og lighed mellem FHL og MFL § 23 vil løbende blive pointeret. Afsnit 5 vil sætte anvendelsen af FHL i perspektiv til M&A.

3. Markedsføringslovens § 23

Dette afsnit vil fastlægge anvendelsesområdet for den tidligere MFL § 23 ved en gennemgang af bestemmelsen.

Først fastlægges formålet med beskyttelse af erhvervshemmeligheder. Derefter gennemgås, hvad der i § 23 skulle forstås som erhvervshemmeligheder og sondringen mellem kendskab, rådighed, benyttelse og videregivelse. Den omfattede personkreds vil dernæst blive beskrevet, hvorefter beskyttelse af tekniske tegninger og hæleribestemmelsen behandles.

Anvendelse af MFL § 23 vil løbende blive sat i perspektiv til eksemplet ovenfor i afsnit 1.3.

3.1 Formålet med beskyttelse af erhvervshemmeligheder

Af bet. 1966/416 fremgår det bl.a., at beskyttelsen er relevant for erhvervsdrivende, som skal have mulighed for at hemmeligholde forhold omkring produktions-, indkøbs- eller salgsorganisation. Begrundelsen er, at disse forhold kan have særlig betydning for virksomhedens konkurrenceevne.³⁹ Dette synspunkt er ligeledes støttet i den juridiske litteratur⁴⁰.

3.2 Gennemgang af bestemmelsen

Bestemmelsens ordlyd var som følger:

³⁹ Bet. 1966/416, side 30.

⁴⁰ Koktvedgaard, 1965, side 296 og Borchert og Bøggild, 2013, side 518.

§ 23. Den, der er i tjeneste- eller samarbejdsforhold til en erhvervsdrivende eller udfører et hverv for denne, må ikke på utilbørlig måde skaffe sig kendskab til eller rådighed over den erhvervsdrivendes erhvervshemmeligheder.

Stk. 2. Har den pågældende fået kendskab til eller fået rådighed over den erhvervsdrivendes erhvervshemmeligheder på retmæssig måde, må den pågældende ikke ubeføjet viderebringe eller benytte sådanne hemmeligheder. Forbuddet gælder i 3 år efter tjenesteforholdets, samarbejdsforholdets eller hvervets ophør.

Stk. 3. Stk. 1 og 2 finder tilsvarende anvendelse på andre personer, der har lovlig adgang til den erhvervsdrivendes virksomhed.

Stk. 4. Den, der i anledning af udførelsen af arbejde eller i øvrigt i erhvervsøjemed er blevet betroet tekniske tegninger, beskrivelser, opskrifter, modeller el.lign., må ikke ubeføjet benytte sådant materiale eller sætte andre i stand hertil.

Stk. 5. Erhvervsdrivende må ikke benytte oplysninger eller tegninger m.v., såfremt kendskab til eller rådighed over dem er opnået i strid med stk. 1-4.⁴¹

3.2.1 Fortolkning af erhvervshemmeligheder

Udtrykket *erhvervshemmeligheder* sås første gang i bet. 1966/416. Det begreb, som tidligere blev anvendt, var *forretnings- og driftshemmeligheder*, jf. LBK 1959/125 § 11. Ændringen til *erhvervshemmeligheder* medførte dog ikke en realitetsændring i forhold til bestemmelsens anvendelse. Udtrykket *erhvervshemmeligheder* skulle dække over kommercielle og driftstekniske forhold. Den nærmere definition, af hvad der skulle forstås ved *erhvervshemmeligheder*, skulle dog overlades til konkrete vurderinger.⁴² Den senere ændring af LBK 1959/125 § 11, der skete på baggrund af LFF 1972/37, anvendte samme argumentation som bet. 1966/416⁴³.

De nærmere betingelser, for at noget kunne betegnes som en *erhvervshemmelighed*, var, at der var tale om interne oplysninger om en virksomheds forhold, som var underlagt sikkerhedsforanstaltninger. De interne oplysninger skulle desuden have betydning for virksomhedens markeds- og konkurrencemæssige forhold og skulle være skjult for offentligheden.⁴⁴

⁴¹ Lov nr. 426 af 3. maj 2017 om markedsføring

⁴² Bet. 1966/416, side 96-97.

⁴³ LFF 1972/37, side 6.

⁴⁴ Koktvedgaard, 1965, side 304.

Der var dog ikke krav om, at oplysningerne skulle være eksklusive for en given virksomhed⁴⁵. Der var således ikke tale om enerettigheder.

Da definitionen af erhvervshemmeligheder blev overladt til konkrete vurderinger, har dette givet anledning til en række domme på området. Disse har specificeret begrebet yderligere.

- U.1996.1514 Ø: *To opsagte medarbejdere havde fjernet dokumenter fra arbejdspladsen. Det var bl.a. kundejournaler, prislister og en liste over samarbejdspartnere. Deres tidligere arbejdsgiver meldte dem herefter til politiet.*
Under sagen blev det oplyst, at de tiltalte i løbet af kort tid forventede at få arbejde i en konkurrerende virksomhed. I en vidneforklaring fortalte en af de tiltalte desuden, at dokumenterne skulle overlades til den nye arbejdsgiver.
De tiltalte blev dømt for forsøg på overtrædelse af MFL § 10, stk. 2 (senest § 23, stk. 2).

Fortolkning:

Erhvervshemmeligheder omfattede kundekartoteker, prispolitik og oplysninger om samarbejdspartnere. Disse former for erhvervshemmeligheder angik kommercielle forhold.

- U.2008.100 Ø: *Sagen angik forbud mod en af sagsøgers tidligere samarbejdspartnere. Sagsøgte var et PR-bureau, som opsagde samarbejdsaftalen med sagsøger for at kunne indgå samarbejde med en af sagsøgers konkurrenter.*
Sagen blev behandlet i Fogedretten og Landsretten. I begge instanser blev der nedlagt forbud mod oprettelse af samarbejdet mellem sagsøgte og konkurrenten.
Landsrettens begrundelse var, at der var nærliggende risiko for, at sagsøgte ville benytte eller videregive oplysninger om sagsøgers markedsundersøgelser og fremtidige strategi. Oplysningerne udgjorde erhvervshemmeligheder.

Fortolkning:

Markedsundersøgelser og forretningsstrategier var erhvervshemmeligheder.

⁴⁵ Borchers og Bøgild, 2013, side 521.

U.1980.717 H: *Tre tidligere medarbejdere startede egen konkurrerende virksomhed. Deres forhenværende arbejdsgiver havde efter omfattende økonomiske investeringer fundet en fremstillingsmetode af tørpapir, som var eftertragtet.*
De tidligere ansatte tilbød et identisk produkt. Ifølge appellanten havde de indstævnte udelukkende været i stand hertil på baggrund af deres tidligere ansættelse og den viden, de havde opnået ved arbejdet hos appellanten.
Retten lagde til grund, at de indstævnte under deres langvarige ansættelse havde opnået indgående kendskab til sagsøgers forsknings- og udviklingsarbejde. Denne kendskab var desuden ikke alment tilgængelig. Appellanten fik medhold i sin påstand.

Fortolkning:

Dommen illustrerer beskyttelse af driftstekniske forhold, da der var tale om en produktionsmetode. I forlængelse af afgørelsen må forskningsresultater ligeledes omfattes af driftstekniske forhold.

U.1975.1049 H: *I denne sag påstod indstævnte, at en tidligere ansat udviklingsleder skulle dømmes for anvendelse af den viden, han havde opnået under et ansættelsesforhold.*
Den opnåede viden omhandlede hvilke konstruktioner og komponenter, der var hensigtsmæssige i fremstillingen af skibradioanlæg. Den tidligere ansatte havde desuden erfaring med hvilke fremgangsmåder, der var uhensigtsmæssige.
Retten gav indstævnte medhold i denne påstand. Begrundelsen var, at udviklingslederens specialviden kunne spare tid og omkostninger til udvikling af produkter med tilsvarende funktioner som indstævntes.

Fortolkning:

Begrebet erhvervshemmeligheder omfattede viden, som var opnået ved erfaring inden for et område. I vurderingen var det centrale, at den tidligere ansatte besad specialviden, som kunne udvande konkurrencefordelen for erhvervshemmelighedens indehaver. Viden og erfaring med konstruktioner og fremgangsmåder omfattedes ligeledes af driftstekniske forhold.

U.2012.1206 H: *Afgørelsen omhandler et ejendomsadministrationsselskab. To tidligere ansatte havde fået arbejde i en konkurrents virksomhed.*

De tidligere ansatte havde udfærdiget aftaleformularer og –paradigmer for konkurrenten, som lagde sig tæt op ad sagsøgers aftaleformularer.

Sagens behandledes første gang i Sø- og Handelsretten, hvis afgørelse blev stadfæstet af Højesteret. Sø- og Handelsretten udtalte, at en sammenligning af sagsøgers og konkurrenten aftaleformularer sandsynliggjorde, at der var sket en direkte kopiering af sagsøgers materiale.

Formularerne var dog beregnet til at blive tilsendt personer uden for sagsøgers virksomhed. Der kunne derfor ikke være tale om erhvervshemmeligheder.

Fortolkning:

Oplysninger, som offentliggøres af den erhvervsdrivende, opfylder ikke kravet om hemmeligholdelse. Offentliggjort materiale var derfor ikke omfattet af begrebet erhvervshemmeligheder. Se modsætningsvis afgørelsen U.2004.1614 S, som gennemgås i afsnit 3.2.5.

- U.1974.463 H: *Sagen omhandlede en forhandler, som havde forestået distribution af plantegødning i Danmark. Samarbejdsaftalen blev opsagt af plantegødningsproducenten.*
- Kort før opsigelsen havde producenten markedsført et gødningsprodukt til husholdningsbrug i Sverige. Efter opsigelsen af samarbejdet påbegyndte forhandleren fremstilling af et lignende produkt. Producenten påstod forbud mod fremstilling og salg af forhandlerens produkter.*
- Retten fandt det ikke bevist, at forhandleren havde opnået viden om fremstilling af husholdningsgødning gennem samarbejdsaftalen. Retten udtalte, at producenten havde markedsført produktet, og at dettes sammensætning kunne fastlægges ved analyse. Forhandleren blev frifundet.*

Fortolkning:

Det var tilladt at foretage målinger og undersøgelser af konkurrenters markedsførte produkter. Såfremt en konkurrent ved en undersøgelse kunne udlede et produkts konstruktionsmetode, kemiske sammensætning eller lignende, var det fuldt ud lovligt at anvende. MFL § 23 nedlagde ikke forbud mod reverse engineering.

U.2006.1209 H: *Sagen vedrørte knowhow om damptørringsteknologi. En af appellantens tidligere ansatte havde startet en konsulentvirksomhed. Den tidligere ansatte havde desuden været med til at udvikle damptørringsteknologien.*
I forbindelse med arbejdet i konsulentvirksomheden havde den tidligere ansatte rådgivet et selskab i forbindelse med opkøb af et af appellantens produktionsanlæg. Under forhandlingerne om salget måtte appellantens nedsætte prisen med ca. 1,6 mio. dollars.
Appellanten anlagde sag mod den tidligere ansatte. Påstanden var, at den tidligere ansatte havde videregivet erhvervshemmeligheder.
Oplysninger om appellantens teknologi var blevet gjort tilgængelige for offentligheden gennem patenter. Indstævnte havde desuden skrevet artikler og holdt foredrag under ansættelsen ved appellantens. Indstævnte havde også holdt foredrag om teknologien.
Retten mente, at offentligheden og andre aktører inden for branchen havde fået væsentligt indblik i damptørringsteknologien. Indstævnte blev frifundet.

Fortolkning:

Knowhow og faglig specialviden var som nævnt beskyttet som erhvervshemmeligheder. Beskyttelsen kunne dog bortfalde, hvis en virksomheds knowhow blev gjort tilgængeligt for en bredere kreds.

På baggrund af ovenstående gennemgang kan begrebet *erhvervshemmeligheder* fastlægges nærmere.

Kommercielle forhold var forretningsstrategier, markedsundersøgelser og oplysninger om kunder og samarbejdspartnere. Disse er kendetegnet ved at angå en virksomheds kommercielle aktiviteter. Driftstekniske forhold omfattede produktionsmetoder, forskningsresultater og faglig specialviden (knowhow). Fælles for disse er, at omdrejningspunktet er produkter, fremstilling og erfaringer.⁴⁶

Da erhvervshemmeligheder angik en virksomheds konkurrencedygtighed, var det centralt, at anvendelse af oplysninger om kommercielle- og driftstekniske forhold skulle påvirke virksomhedens

⁴⁶ Borchers og Bøggild, 2013, side 524.

markedsplacering. Dette sås bl.a. i U.1975.1049 H, hvor anvendelse af specialviden gav en erhvervsdrivendes konkurrent et forspring i produktudvikling.

Modsætningsvis kunne oplysninger, som var tilgængelige for offentligheden, ikke beskyttes som erhvervshemmeligheder. Offentliggørelsen forelå f.eks. i form af udgivelse af artikler. I den juridiske litteratur er det opfattelsen, at almindelig branchekendskab ikke kunne beskyttes som erhvervshemmeligheder⁴⁷. Der eksisterede dermed en sondring mellem specialviden og almindelig faglig viden.

Begrebet omfattede desuden ikke oplysninger, som kunne udledes af solgte produkter, hvorfor konkurrenter lovligt kunne foretage undersøgelser og målinger af en virksomheds solgte varer. Dette kaldes også reverse engineering.⁴⁸

a. Erhvervshemmeligheder i perspektiv til eksemplet

I forhold til marketingmedarbejderne har disse bl.a. indblik i målselskabets markedsføringsstrategi og kundekartotek. Der er efter omstændighederne tale om erhvervshemmeligheder, som angår målselskabets kommercielle forhold. Hvad angår driftslederen, har denne kendskab til produktionsmetode og forskningsresultater, som er driftstekniske hemmeligheder.

For så vidt angår oplysningerne om markedsføringsstrategien, må der være tale om oplysninger af relevans for målselskabets konkurrencedygtighed. Det gælder især oplysningerne om målselskabets indtræden i resten af Skandinavien. Kundekartoteket kan ligeledes anses for at være relevant i den henseende. Dette vil indeholde oplysninger om hvilke kunder, målselskabet potentielt har indgået aftaler med i de øvrige skandinaviske lande. Hvad angår eksisterende kunder i Danmark, vil oplysninger om disse også kunne beskyttes, hvis de ikke er almindeligt kendt på markedet.

For de driftstekniske hemmeligheders vedkommende er der tale om en produktionsmetode, som betyder lavere omkostninger for målselskabet. Denne må derfor anses for at spille en stor rolle for virksomhedens konkurrenceevne. Det samme må forskningsresultaterne, da disse potentielt kan bruges til selvstændigt at opdage samme produktionsmetode.

⁴⁷ Koktvedgaard, 1965, side 306.

⁴⁸ Borchert og Bøggild, 2013, side 523.

Betingelsen for oplysningernes relevans for konkurrencedygtighed er opfyldt. Hemmeligholdelsen er forudsætningsvis ligeledes overholdt af målselskabet. De tidligere medarbejderne ligger derfor inde med erhvervshemmeligheder.

På baggrund af K's due diligence har han kendskab til de samme oplysninger. K har dog også fået udleveret en rammeaftale til fremtidige samarbejdsaftaler. Der er ligeledes her tale om en fortrolig oplysning, som er relevante for målselskabets indtræden på de øvrige skandinaviske markeder. Aftaleudkastet må dog forudsættes at skulle komme andre erhvervsdrivende til kundskab. Da der herved ikke sker opfyldelse af hemmeligholdelsesbetingelsen, kan rammeaftalen ikke anses for at være en erhvervshemmelighed.

Både målselskabets tidligere medarbejdere og K har kendskab til erhvervshemmeligheder. K har desuden videregivet oplysninger til en konkurrent. Hvorvidt kendskabet og videregivelsen har været lovlig beror ligeledes på konkrete vurderinger.

3.2.2 Kendskab og rådighed over erhvervshemmeligheder (§ 23, stk. 1 og 2)

Reguleringen af kendskab og rådighed over erhvervshemmeligheder fulgte af MFL § 23, stk. 1 og 2. Af stk. 1 fremgik retsstillingen ved ulovlig kendskab og rådighed. Modsætningsvis regulerede stk. 2 retsstillingen, når kendskab og rådighed var lovlig.

I LFF 1972/37 fremgår hvad, der skulle forstås ved kendskab og rådighed over erhvervshemmeligheder. Kendskab forelå, når en person gennem hukommelse, notater eller fotografering kunne rekonstruere eller anvende erhvervshemmeligheden. Rådighed betegnedes derimod som, det at en person tilegnede sig f.eks. beskrivelser og modeller.⁴⁹

Kendskab og rådighed over erhvervshemmeligheder var lovlig, når dette var opnået i kraft af en persons stilling, hverv eller tilknytning til erhvervsvirksomheden. Heri lå ligeledes, at lovlig kendskab eller rådighed kunne opnås, hvis vedkommende havde en naturlig adgang til at opnå dette. Den *rene* form for lovlig kendskab og rådighed forelå, når en person havde behov for hemmeligheden for at kunne udføre et arbejde eller en opgave for virksomheden.⁵⁰

⁴⁹ LFF 1972/37, side 6.

⁵⁰ Bet. 1966/416, side 97.

Der var modsætningsvis tale om ulovligt kendskab og rådighed over erhvervshemmeligheder, hvis en person på utilbørlig vis fik skaffet sig adgang til oplysninger, som var denne uvedkommende. Hvorvidt en erhvervshemmelighed var en person uvedkommende afhang af personens ansættelse, hverv eller øvrige tilknytning til virksomheden.⁵¹ Utilbørlighed var desuden opfyldt, hvis kendskab eller rådighed var opnået uden virksomhedens samtykke⁵².

a. Kendskab og rådighed i perspektiv til eksemplet

Ved sondringen mellem kendskab og rådighed er det indledningsvist vigtigt at fastlægge, om der foreligger kendskab eller rådighed. Kendskab vil forudsætte, at de involverede personer kan genskabe de erhvervshemmeligheder, som de besidder.

Da de tidligere markedsføringsmedarbejdere har forestået markedsundersøgelse og fastlagt en forretningsstrategi, må det antages, at de har indgående kendskab hertil. Rådighed vil foreligge, hvis de har taget kopi af undersøgelsen eller strategien og herefter har fjernet kopien fra virksomhedens område. Den tidligere driftsleder har udviklet selve produktionsmetoden og må ligeledes antages at have nøje kendskab til den.

Rådighed forudsætter, at en person tilegner sig fysiske genstande i form af beskrivelser, modeller, og lignende. I det praktiske eksempel udleveres kun én fysisk genstand til en af de involverede parter. Der er her tale om rammeaftalen til tilbud, som K får under sin due diligence, og som senere videregives til konkurrenten.

Rådigheden over dette dokument kan ved første øjekast falde ind under MFL § 23, stk. 2 som lovlig rådighed. Det skyldes, at dokumentet er udleveret af målselskabet. MFL § 23, stk. 1 og 2 regulerer dog kun rådighed over erhvervshemmeligheder. Da der ikke er tale om en erhvervshemmelighed, finder MFL § 23, stk. 1 og 2 ikke anvendelse.

De tidligere ansattes kendskab er nærliggende for udførelsen af deres ansættelsesforpligtelser. Det er desuden de tidligere ansatte, som har forestået undersøgelser, forsøg og udvikling i deres respektive afdelinger. Der er derfor tale om lovlig kendskab til erhvervshemmelighederne.

⁵¹ Bet. 1966/416, side 97.

⁵² Borchert og Bøggild, 2013, side 525.

For K's vedkommende har han opnået kendskab gennem due diligence. Dette er ikke usædvanligt i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse, da en køber skal have mulighed for at kunne forhandle om målselskabet på et oplyst grundlag.

Der kunne foreligge utilbørlig og derved ulovligt kendskab, hvis K havde gjort sig bekendt med oplysninger, som ikke var stillet til rådighed i datarummet. Det kunne f.eks. være tilfældet, hvis K under et virksomhedsbesøg havde tilgået en database og taget billeder af den nye forretningsstrategi, selvom denne ikke var gjort tilgængelig i datarummet.

Som det fremgår af eksemplet er alle erhvervshemmeligheder dog samlet i datarummet, hvorfor K må forvente, at han har fået samtykke til at undersøge disse.

Sammenfattende har de enkelte aktører opnået kendskab til erhvervshemmelighederne i kraft af deres erhvervsmæssige tilknytning til målselskabet. De tidligere medarbejderes stillinger har forudsat, at de var bekendte med oplysningerne. Skabelsen af erhvervshemmelighederne kan desuden tilskrives deres arbejde. K har fået samtykke til at gøre sig bekendt med de fortrolige oplysninger. Disse personers kendskab er dermed opnået lovligt.

3.2.3 Ubeføjet videregivelse og benyttelse af erhvervshemmeligheder (§ 23, stk. 2)

Ubeføjet videregivelse og benyttelse af en erhvervshemmelighed var omfattet af MFL § 23, stk. 2. Det var forudsat i bestemmelsen, at kendskab og rådighed var opnået retmæssigt.⁵³

Ved ordet ubeføjet skulle forstås, at forbuddet var rettet mod videregivelse og benyttelse, som den erhvervsdrivende ikke havde givet tilladelse til. Modsætningsvis kunne den erhvervsdrivende give beføjelse til at videregive og benytte en erhvervshemmelighed. Forbuddet kunne også bortfalde, hvis videregivelsen eller benyttelsen var forudsat for udførelse af en given opgave.⁵⁴

Det centrale i vurderingen af videregivelse og benyttelse var, om en handling var i strid med de forudsætninger, som en erhvervshemmelighed var udleveret under.⁵⁵

Benyttelse kunne være i erhvervsmæssig sammenhæng eller privat.⁵⁶ Forbuddet rettede sig hovedsageligt mod videregivelse til den erhvervsdrivendes konkurrenter. MFL § 23, stk. 2 trådte

⁵³ Madsen, 2015, side 293.

⁵⁴ Bet. 1966/416, side 97 og LFF 1972/37, side 6.

⁵⁵ Borchert og Bøggild, 2013, side 526.

⁵⁶ Ibid.

også i kraft, hvis en erhvervshemmelighed blev viderebragt eller benyttet, efter tilknytningen til den erhvervsdrivende var ophørt.⁵⁷ Ubeføjet benyttelse blev bl.a. påstået i følgende afgørelse:

U.1996.1514 Ø: *To opsagte medarbejdere havde fjernet dokumenter fra arbejdspladsen. Det var bl.a. kundejournaler, prislister og en liste over samarbejdspartnere.*
I en vidneforklaring fortalte en af de tiltalte desuden, at dokumenterne skulle overlades til en ny arbejdsgiver.
De tiltalte blev dømt for forsøg på overtrædelse af MFL § 10, stk. 2 (senest § 23, stk. 2).

Fortolkning:

På trods af at kendskab og rådighed over erhvervshemmelighederne var opnået lovligt under ansættelsen, var benyttelse og videregivelse ulovlig. Resultatet ville forudsætningsvis have været det samme, uanset om medarbejderne fortsat var ansat, eller om de var opsagte.

a. Ubeføjet videregivelse og benyttelse i perspektiv til eksemplet

Som redegjort for i ovenstående afsnit har K opnået lovligt kendskab til målselskabets erhvervshemmeligheder. Videregivelse til målselskabets konkurrent er dog ulovligt, jf. MFL § 23, stk. 2. Dette er til trods for, at K lovligt har fået kendskab til oplysningerne. De tidligere medarbejdere har hverken videregivet eller benyttet erhvervshemmelighederne. Såfremt det skulle være tilfældet, vil dette dog ligeledes være en overtrædelse af MFL § 23, stk. 2.

Årsagen, til at videregivelse og brug vil være i strid med MFL § 23, stk. 2, er i begge tilfælde, at de forudsætninger, som oplysningerne er udleveret under, vil være bristede. De fortrolige oplysninger er gjort tilgængelige for K, for at der kunne foretages en due diligence. Den eneste anerkendelsesværdige brug er derfor til vurdering af målselskabet og til forhandling om overdragelsen.

For de tidligere ansattes vedkommende har den erhvervsdrivende ikke på samme måde gjort erhvervshemmelighederne tilgængelige. Det skyldes, at erhvervshemmelighederne er skabt af de

⁵⁷ LFF 1972/37, side 6.

tidligere ansatte. Det ændrer dog ikke ved, at de fortrolige oplysninger tilhører målselskabet, hvorfor videregivelse og brug uden tilladelse er ulovligt.

3.2.4 Personkreds (§ 23, stk. 1-3)

Fastlæggelsen af hvilken personkreds, der var omfattet af bestemmelsen, giver anledning til en sontring mellem samarbejdspartnere, personer der står i tjenesteforhold til den erhvervsdrivende, og personer der udfører et hverv for denne, jf. MFL § 23, stk. 1. Personer, som i øvrigt opholdt sig lovligt på virksomheden, var også omfattede, jf. MFL § 23, stk. 3.

a. Samarbejdspartnere

Ved ordet samarbejdspartnere forstås en persongruppe, som var bred og nærmere udefineret. Det kan umiddelbart lægges til grund, at der under samarbejdspartnere bl.a. skulle forstås kompagnoner i virksomheden.⁵⁸ Såfremt et selskab er ejet af flere personer, må disse bestemt være i et samarbejdsforhold til hinanden. Samtidig kan der hentes vejledning i ordlyden af § 11 i LBK 1959/125, hvoraf det fremgik, at *"...kompagnons forretnings- eller driftshemmeligheder..."* var omfattede, jf. lovens § 11.

Kompagnoner eller medejere nævnedes ligeledes direkte i bemærkningerne i bet. 1966/416. Omdrejningspunktet for at være omfattet som samarbejdspartner var, at vedkommende havde en økonomisk interesse i erhvervsvirksomheden og lovlig adgang hertil. På trods af at der ikke i LFF 1972/37 var knyttet bemærkninger til, hvorvidt der ved samarbejdspartnere skulle forstås medejere, må henvisningen til bet. 1966/416 tolkes som, at medejere var omfattede af ordet samarbejdspartnere.⁵⁹

Af bet. 1966/416 fremgår, at forslaget til den nye beskyttelse var tiltænkt at omfatte alle med lovlig adgang til og økonomisk interesse i virksomheden. Herved mentes såvel forretningsforbindelser som personer, der udførte et hverv af begrænset varighed.⁶⁰ Udvidelsen af personkredsen blev ligeledes tiltrådt i LFF 1972/37, hvoraf samme formulering fremgår⁶¹.

På baggrund af ovenstående antages det, at samarbejdspartnere omfattede alle med en erhvervsmæssig tilknytning til en given virksomhed. Dette uanset om samarbejdet beroede på en

⁵⁸ Borchers og Bøggild, 2013, side 519.

⁵⁹ Bet. 1966/416, side 97.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ LFF 1972/37, side 6.

skriftlig aftale eller ej og uanset ydelsens omfang.⁶² Det hovedsagelige var, at vedkommende havde en økonomisk interesse i virksomheden og i øvrigt opholdte sig der lovligt.

b. Personer, der står i et tjenesteforhold til den erhvervsdrivende

Foruden samarbejdspartnere var personer, som stod i et tjenesteforhold til den erhvervsdrivende omfattet af bestemmelsen, jf. MFL § 23, stk. 1. Herved forstås ansatte/lønmodtagere. Disse siges at være i tjenestestilling, hvis vedkommende er underlagt arbejdsgiverens instruktioner⁶³. Såfremt en person var i en tjenestestilling, må denne anses for at have været omfattet af begrebet tjenesteforhold⁶⁴. Begrebet udstrækning kan illustreres med følgende dom:

U.1978.305 S: *Sagen omhandlede en læge, der drev konsulentvirksomhed. Efter forhandlinger med en farmaceutvirksomhed, hvorefter lægen skulle antages til at hjælpe med markedsføring af en plantefibertablet, kunne parterne ikke blive enige om aftalens indhold. Kort tid efter forhandlingernes sammenbrud annoncerede en af farmaceutvirksomhedens konkurrenter, at disse ville lancere en tilsvarende tablet. Det kunne påvises, at lægen havde været i kontakt med konkurrenten. Lægen blev dømt for overtrædelse af bl.a. MFL § 9 (senest § 23).*

Fortolkning:

Betegnelsen tjenesteforhold omfattede også personer, som var i forhandlingsfasen om iværksættelse af ansættelse. Såfremt en erhvervsdrivende i forhandlingsfasen oplyste om erhvervshemmeligheder, måtte disse ligeledes ikke videregives eller benyttes uden den erhvervsdrivendes samtykke.⁶⁵

Forbuddet efter MFL § 23 omfattede således både medarbejdere, som var blevet betroet en erhvervshemmelighed, samt medarbejdere som på utilbørlig måde fik kendskab hertil. Bestemmelsen fandt anvendelse på alle medarbejdere, uanset om disse havde særligt betroede stillinger eller mere overordnede funktioner i virksomheden.⁶⁶ Dertil var potentielle medarbejdere

⁶² Borchert og Bøggild, 2013, side 519.

⁶³ Andersen, 2016, side 82.

⁶⁴ Bet. 1966/416, side 97.

⁶⁵ Madsen, 2015, side 309.

⁶⁶ Ibid, side 294.

ligeledes omfattede, såfremt disse havde fået kendskab til en erhvervsvirksomhed i forbindelse med forhandlinger om ansættelse.

c. Personer, som udfører hverv, og personer med lovligt ophold i øvrigt

I forhold til personer, som udfører et hverv for den erhvervsdrivende, var hovedsigtet udefrakommende. Det kunne f.eks. være revisorer eller rådgivere, som var antaget til at udføre en tidsbegrænset opgave.⁶⁷

Bestemmelsen omfattede desuden personer med lovlig adgang til virksomheden, jf. MFL § 23, stk. 3. Beskyttelsesomfanget var således ikke begrænset til personer med en erhvervsmæssig tilknytning til den erhvervsdrivende. Herved adskilte beskyttelsen i MFL sig væsentligt fra den oprindelige § 11 i LBK 1959/125. Denne fandt udelukkende anvendelse på overtrædelse overfor nuværende eller tidligere principal eller kompagnon.

Sammenfattende kan det bemærkes, at bestemmelsen ikke kun omfattede personer, som havde en erhvervsmæssig tilknytning til et givent selskab. Den omfattede ligeledes f.eks. besøgende, som fik rundvisning, sælgere mv.⁶⁸ Betingelsen for at være pålagt fortrolighed med hjemmel i MFL § 23, stk. 3 var, at vedkommende opholdt sig lovligt på virksomheden, og under det lovlige ophold gjorde sig bekendt med erhvervshemmeligheder.⁶⁹ Hvorledes informationerne blev indhentet var uden betydning, hvis blot der var lovlig adgang til virksomhedens område. Såfremt en besøgende uretmæssigt blev på virksomheden og efter lukketid gjorde sig bekendt med erhvervshemmeligheder, faldt dette ligeledes under MFL § 23, stk. 3.⁷⁰

Afslutningsvis skal det nævnes, at fortrolighedsforpligtelsen for den omfattede personkreds ikke var betinget af fysisk tilstedeværelse. Såfremt en person havde lovlig adgang til virksomheden via internet, ansås utilbørlig kendskab, rådighed, osv. af erhvervshemmeligheder som en overtrædelse af MFL § 23.⁷¹

⁶⁷ Bet. 1966/416, side 97.

⁶⁸ Heide-Jørgensen, 2017, side 410.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Borchert og Bøggild, 2013, side 519.

⁷¹ Ibid, side 519-520.

d. Personkreds i perspektiv til eksemplet

I forhold til målselskabets tidligere ansatte omfattes disse i kraft af at stå i et tjenesteforhold til den erhvervsdrivende. De vil derfor være direkte omfattet af bestemmelsens stk. 1.

Hvad angår K, må denne være omfattet som samarbejdspartner. Dette skyldes den erhvervsmæssige interesse og tilknytning til målselskabet.

3.2.5 Beskyttelse af tekniske tegninger, opskrifter, beskrivelser, modeller, mv. (§ 23, stk. 4)

Beskyttelsen af tekniske tegninger mv. kunne til en vis grad sammenlignes med bestemmelsens stk. 1 og 2. Dette skal forstås som, at tekniske tegninger mv. kan anses for en driftsteknisk erhvervshemmelighed. Dertil fremgik det, at bestemmelsen rettede sig mod personer, som var blevet betroet den tekniske tegning mv., jf. MFL § 23, stk. 4.

Bestemmelsens egentlige anvendelsesområde fraveg dog sædvanen for erhvervshemmeligheder. Den beskyttede f.eks. materiale, som var beregnet til at komme en bredere personkreds til kendskab⁷². Desuden var tanken med beskyttelse af tekniske tegninger mv., at dette kun omfattede fysiske genstande, som indeholdt instruktioner eller anvisninger for en fremstillingsmetode⁷³.

Et kriterium, for at bestemmelsens kunne finde anvendelse, var, at den tekniske tegning mv. var blevet betroet en person, som skulle bruge denne til udførelse af et foruddefineret stykke arbejde. Heri lå, at materialet ikke måtte bruges til andet end dette formål, og heller ikke af andre end den erhvervsdrivende havde stillet det til rådighed for.⁷⁴ Eksempler fra retspraksis er bl.a. følgende:

U.1986.268 S: *Sagen drejede sig om produktionsmetoder for opvaskemaskiner. Sagsøgte var tidligere ansat ved sagsøger, som producerede opvaskemaskiner.*

Efter sagsøgte blev opsagt, indgik han i drøftelser med en af sagsøgers konkurrenter om produktion af en opvaskemaskine. Til dette anvendte sagsøgte og konkurrenten viden om sagsøgers maskiner, hvilket resulterede i et produkt som havde væsentlige ligheder med sagsøgers.

Ved en skønsforretning udtalte skønsmanden, at det tidsrum konkurrenten havde brugt på at udvikle tilsvarende maskiner var meget kort.

⁷² Heide-Jørgensen, 2017, side 414.

⁷³ Bet. 1966/416, side 98 og LFF 1972/37, side 6.

⁷⁴ Borchert og Bøggild, 2013, side 527.

Ved afgørelsen blev der lagt vægt på, at konkurrenten havde opnået en konkurrencefordel ved benyttelse af specialviden. Denne viden var herefter blevet brugt på nogle af sagsøgers markedsførte produkter.

Sagsøgte blev dømt for overtrædelse af MFL § 9, stk. 3 (senest § 23, stk. 4).

Fortolkning:

Afgørelsen er udtryk for, at reverse engineering ikke er tilladt efter MFL § 23, stk. 4, såfremt handlingen er foretaget ved ulovlig benyttelse af faglig specialviden.

MFL § 23, stk. 4 forudsætter, at der er blevet benyttet tekniske tegninger, modeller eller beskrivelser i fysisk form. Der må forudsætningsvis have været tale om sagsøgers markedsførte produkter. Sagsøgte specialviden kan ikke placeres i § 23, stk. 4, da der ikke er tale om en fysisk genstand.

Afgørelsen illustrerer en afvejning af, om beskyttelseshensynet til erhvervshemmeligheder skal overgå princippet om, at erhvervshemmeligheder ikke er en eneret.

Retten har anvendt MFL § 23, stk. 4 bredt. I det konkrete tilfælde er der tale om et forhold, hvor der er foretaget et kompromis mellem § 23, stk. 2 og stk. 4. Hensynet har forudsætningsvis været, at det ikke var rimeligt at lade sagsøger bære tabet.

Da der er tale om en produktefterligning, kunne sagen ligeledes have været afgjort på baggrund af generalklausulen i MFL § 3. Denne gennemgås nærmere i afsnit 4.2.2.

U.2004.1614 S: *I dommen var sagsøger og sagsøgte mangeårige samarbejdspartnere inden for speditiionsbranchen.*

I forbindelse med en udbudsrunde havde sagsøgte anmodet om at få tilsendt en kopi af sagsøgers tilbudsmateriale. Efter modtagelse havde sagsøgte benyttet sagsøgers tilbudsmateriale til at justere sit eget tilbud.

Retten fandt, at tilbudsmaterialet ikke var en erhvervshemmelighed, da det var tiltænkt at komme mange uden for virksomheden til kendskab.

Sagsøgte blev derimod dømt for ubeføjet benyttelse af oplysninger i tilbudsmaterialet, jf. MFL § 10, stk. 3 (senest § 23, stk. 4).

Fortolkning:

Foruden instruktioner til fremstillingsmetoder indgår andre fortrolige oplysninger af konkurrencemæssig betydning ligeledes i § 23, stk. 4. Dette kunne f.eks. være tilbudsoplysninger.

a. Beskyttelse af tekniske tegninger, mv. i perspektiv til eksemplet

I eksemplet udleveres et udkast af rammeaftaler til den fremtidige markedsindtræden til K. Heri ligger betroelse af en skriftlig beskrivelse. Det formål, som det udleveres til, er vurdering af målselskabets værdi.

Udkastet til de fremtidige samarbejdsaftaler må have været tiltænkt at skulle komme potentielle samarbejdspartnere i Skandinavien til kendskab. Da der desuden er tale om et fysisk dokument, opfylder udkastet betingelserne for at være omfattet af MFL § 23, stk. 4. Videregivelsen heraf til konkurrenten er derfor et brud på beskyttelsen af tekniske tegninger, beskrivelser, mv.

3.2.6 Hæleribestemmelse (§ 23, stk. 5)

Hvor MFL § 23, stk. 1-4 rettede sig mod ansatte, samarbejdspartnere og andre, som i øvrigt opholdt sig lovligt på virksomheden, ydede MFL § 23, stk. 5 beskyttelse mod tredjemands misbrug af erhvervshemmeligheder. Bestemmelsen omfattede situationer, hvor erhvervshemmeligheder var kommet tredjemænd til kundskab på en måde, som var i strid med MFL § 23, stk. 1-4.

I LFF 1972/37 nævnes, at der var en interesse i at kunne sanktionere udenforstående erhvervsdrivende, som benyttede erhvervshemmeligheden. Rationalet med dette var, at det var disses benyttelse af erhvervshemmeligheder, som skabte baggrunden for overtrædelse af MFL § 23, stk. 1-4.⁷⁵ Dette skulle forstås som, at ulovlig benyttelse ofte ikke blev foretaget af personkredsen fra MFL § 23, stk. 1-4. I stedet videregav disse erhvervshemmelighederne til konkurrerende erhvervsdrivende, som derefter benyttede hemmelighederne ulovligt.

Forudsætningen for anvendelse af stk. 5 var, at erhvervshemmeligheden var fremskaffet ved overtrædelse af stk. 1-4, og at tredjemand var i ond tro⁷⁶. Forudsætningen om ond tro fremgår ligeledes i litteraturen⁷⁷.

⁷⁵ LFF 1972/37, side 6.

⁷⁶ Ibid, side 6-7.

⁷⁷ Heide-Jørgensen, 2017, side 414.

Ved ond tro forstås, at tredjemand vidste eller burde vide, at den modtagne oplysning ikke var opnået lovligt. I det konkrete tilfælde gjaldt, at den erhvervsdrivende vidste eller burde vide, at en oplysning var opnået i strid med MFL § 23, stk. 1-4.⁷⁸ Dette kan illustreres med følgende afgørelse:

U.1986.268 S: *Som nævnt drejede sagen sig om produktion af opvaskemaskiner. Foruden den tidligere ansatte var dennes nye arbejdsgiver ligeledes sagsøgt. I forbindelse med at den tidligere ansatte blev dømt for overtrædelse af MFL § 9, stk. 3, blev den nye arbejdsgiver dømt for overtrædelse af MFL § 9, stk. 4 (senest § 23, stk. 5).*

Fortolkning:

Dommen illustrerer samspillet mellem MFL § 23, stk. 5 og resten af bestemmelsen. En ansat videregiver en teknisk tegning til en konkurrent (tredjemand). Den ansatte dømmes for overtrædelse af MFL § 23, stk. 4. Konkurrenten efter MFL § 23, stk. 5.

Resultatet havde ikke været et andet, hvis der havde været tale om en erhvervshemmelighed efter MFL § 23, stk. 1 og 2.

a. Hæleribestemmelsen i perspektiv til eksemplet

MFL § 23, stk. 5 er relevant i forhold til målselskabets konkurrent, som har modtaget erhvervshemmeligheder, der er ulovligt videregivet. Konkurrentens nye etableringer i Norge og Sverige må tilskrives konkurrentens viden om målselskabets fremtidige forretningsstrategi.

Anvendelsen af MFL § 23, stk. 5 forudsætter som nævnt opfyldelse af to betingelser. Den første er, at der skal være tale om benyttelse af erhvervshemmeligheder, som er opnået i strid med MFL § 23, stk. 1-4. Denne betingelse er opfyldt i kraft af, at K ulovligt videregiver erhvervshemmeligheder og en beskrivelse af målselskabets udkast til rammeaftaler.

Den anden betingelse er, at konkurrenten skal være i ond tro. Da de fortrolige oplysninger er kommet til konkurrentens kundskab ved videregivelse fra en tidligere samarbejdspartner, må betingelsen anses for opfyldt. Dette understreges endvidere af, at konkurrenten må være bekendt med, at målselskabet ikke omfatter det norske og svenske marked endnu. At der er tale om

⁷⁸ Bet. 1966/416, side 98 og LFF 1972/37, side 6-7.

videregivelse af en forretningsstrategi, som endnu ikke er iværksat af målselskabet, taler for, at konkurrenten burde indse, at der er tale om erhvervshemmeligheder.

3.3 Delkonklusion

Ved erhvervshemmeligheder skulle forstås kommercielle eller driftstekniske oplysninger, som havde betydning for en virksomheds konkurrencedygtighed og markedsplacering. Der var ikke tale om enerettigheder, hvorfor andre erhvervsdrivende lovligt kunne opdage samme erhvervshemmelighed. Dette kunne f.eks. ske ved reverse engineering.

På trods af at erhvervshemmeligheder var selskabsspecifikke, betød det ikke nødvendigvis, at alle ansatte i en organisation måtte have kendskab til disse. Der skulle derfor sondres mellem lovlig og ulovlig kendskab og rådighed over erhvervshemmeligheder. Kendskabet og rådigheden over en erhvervshemmelighed måtte kun opnås gennem tilladelse fra den erhvervsdrivende, eller hvis en given stilling eller opgave måtte kræve det. Såfremt kendskabet eller rådigheden over erhvervshemmeligheden var opnået utilbørligt, var dette i strid med MFL § 23, stk. 1.

Loven sikrede endvidere selskabers erhvervshemmeligheder gennem vurdering af beføjelserne over sådanne oplysninger. Det betød, at selvom en ansat havde opnået oplysninger lovligt, måtte hemmeligheden ikke viderebringes eller benyttes ubeføjet. En erhvervshemmelighed måtte herved kun anvendes i det omfang, det var foreskrevet eller tilladt af den erhvervsdrivende.

Bestemmelsen havde ikke et ubegrænset anvendelsesområde. De personer, der var omfattet af bestemmelsen, var medarbejdere, samarbejdspartnere, personer der udførte hverv, eller andre der i øvrigt opholdt sig lovligt på virksomheden.

Bestemmelsens stk. 4 medførte forbud mod ubeføjet videregivelse af tekniske tegninger mv. MFL § 23, stk. 4 omfattede fysiske instruktioner, som dikterede en fremstillingsproces eller lignende. Oplysningerne skulle endvidere være tiltænkt at komme en bredere kreds til kendskab. De skulle desuden være udleveret i erhvervsmæssigt øjemed og måtte kun benyttes til det formål, de var udleverede til.

Afslutningsvis gav MFL § 23, stk. 5 en beskyttelse mod konkurrerende erhvervsdrivendes anvendelse af hemmeligheder. Forudsætningen for anvendelse af bestemmelsen var, at en anden erhvervsdrivende anvendte oplysninger, som var opnået i strid med § 23, stk. 1-4. Desuden skulle

den erhvervsdrivende være i ond tro herom og dermed vide eller burde vide, at oplysningerne var fremskaffet i strid med MFL § 23.

4. Lov om Forretningshemmeligheder

I dette afsnit vil FHL §§ 1-4 blive gennemgået. Anvendelsen af den nye lov vil blive beskrevet på baggrund af bestemmelsernes ordlyd. Hertil vil bemærkningerne til Forslag nr. 125 af 10. januar 2018 til Lov om Forretningshemmeligheder (LFF 2018/125) og direktiv 2016/943 blive inddraget for at belyse forståelsen af de enkelte bestemmelser.

Der er på nuværende tidspunkt ikke fastlagt retspraksis på anvendelsen af FHL. Afgørelser om MFL § 23 vil blive inddraget i de tilfælde, hvor de findes forenelige med bestemmelserne i FHL.

4.1 Formålet med direktiv 2016/943

Formålet med direktivet, som FHL bygger på, er at øge incitamentet for, at virksomheder foretager investeringer i innovationsrelaterede aktiviteter, hvormed der menes knowhow og informationer.⁷⁹ Direktivets tankegang er, at selskabers investeringer i innovationsrelaterede aktiviteter vil medføre nye idéer, som skal opfylde forbrugernes og samfundets behov for udvikling.⁸⁰ Det er derfor ønskværdigt, at erhvervslivet får en sikker beskyttelse på området.

Før vedtagelsen af direktiv 2016/943 var der ikke en harmoniseret beskyttelse af forretningshemmeligheder i EU. Dette betyder ikke, at retsområdet ikke var underlagt beskyttelsesforanstaltninger. Denne beskyttelse var blot reguleret i hver enkelt jurisdiktions lokale lovgivning.⁸¹ Forskellen på beskyttelsen af forretningshemmeligheder kunne medføre en ulighed på det indre marked.⁸²

Den harmoniserede beskyttelse er kommet til udtryk ved direktiv 2016/943, som i Danmark er blevet implementeret i form af FHL. Direktivet er udtryk for et minimumsdirektiv, jf. ordlyden af direktivets art. 1, stk. 1. Medlemsstaterne kan derfor fastlægge en mere vidtgående beskyttelse.

⁷⁹ Direktiv 2016/943, side 1, bemærkning 1.

⁸⁰ Ibid, side 2, bemærkning 3.

⁸¹ Ibid, side 2, bemærkning 6.

⁸² Ibid, side 3, bemærkning 8.

Hensigten har ikke været at skabe monopoler på forretningshemmeligheder men blot at ensarte beskyttelsen i hele Unionen.⁸³

4.2 Gennemgang af loven

I FHL § 1 fastlægges, at lovens anvendelsesområde er beskyttelse mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse af forretningshemmeligheder. MFL § 23 var overvejende fokuseret på personers tilknytning til en virksomhed og opnåelse af erhvervshemmeligheder. FHL giver derimod en beskyttelse, som er centreret omkring sondringen mellem lovlig og ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse og fokuserer ikke på samme måde på personer.

4.2.1 Definitioner (FHL § 2)

I modsætning til MFL § 23 indeholder FHL §§ 2-4 definitioner, som skaber kontinuitet på området. Såfremt det eksempelvis var overladt til retspraksis at fastlægge begrebet forretningshemmeligheder, ville der sandsynligvis ikke ske den tiltænkte harmonisering i EU, da landene i dette tilfælde enkeltvis gennem retspraksis ville stå for definering. De indledende bestemmelsers definitioner sætter rammerne for anvendelsen af loven.

a. Forretningshemmeligheder

I henhold til FHL § 2, nr. 1 skal en oplysning opfylde tre kumulative betingelser, før der er tale om en forretningshemmelighed.

Der skal være tale om en oplysning, som hverken er almindeligt kendt eller umiddelbart tilgængelig for personer, som normalt beskæftiger sig med den pågældende type af oplysninger, jf. FHL § 2, nr. 1, litra a. Oplysningen skal desuden have handelsværdi, fordi den er hemmelig, jf. FHL § 2, nr. 1, litra b. Indehaveren skal underlægge oplysningen rimelige sikkerhedsforanstaltninger til hemmeligholdelse, jf. FHL § 2, nr. 1, litra c.

Af LFF 2018/125 fremgår det, at kravene til definitionen af forretningshemmeligheder harmonerer med de overordnede karakteristika for erhvervshemmeligheder i MFL § 23.⁸⁴ Dette må være udtryk for, at afgørelser med hjemmel i MFL § 23 umiddelbart kan bruges som fortolkningsbidrag til FHL.

⁸³ Direktiv 2016/943, side 4, bemærkning 16.

⁸⁴ LFF 2018/125, side 9.

Afgørelser efter den tidligere retsstilling bør dog kun anvendes som bidrag, hvis andet ikke fremgår af FHL eller direktiv 2016/943. Som nævnt ovenfor var erhvervshemmeligheder karakteriseret ved:

- At omhandle en virksomheds kommercielle eller driftstekniske forhold.
- At have betydning for virksomhedens konkurrencedygtighed og markedsplacering.
- Generel faglig viden faldt uden for begrebet.
- Der var krav om bestræbelser på hemmeligholdelse i form af sikkerhedsrestriktioner.

Af bemærkningerne til direktiv 2016/943 fremgår det, at definitionen af forretningshemmeligheder bør omfatte knowhow, forretningsoplysninger og teknologiske oplysninger.⁸⁵ Dermed må der ved forretningsoplysninger, drages en parallel til kommercielle forhold efter MFL § 23. Der er således tale om oplysninger, som er relevante for en virksomheds kommercielle aktivitet. Dette omfatter kundekartoteker, prislister, forretningsstrategier, markedsundersøgelser mv. og følger analogt af U.1996.1514 Ø og U.2008.100 Ø. Teknologiske oplysninger og knowhow må derimod kunne sammenlignes med driftstekniske forhold i MFL § 23. Dette omfatter herved oplysninger om en virksomheds produkter, fremstillinger og driftserfaringer. Dette følger analogt af dommene U.1980.717 H og U.1975.1049 H.

Der skal desuden foreligge en legitim interesse i hemmeligholdelsen og en berettiget forventning om, at oplysningerne forbliver hemmelige.⁸⁶ Denne forventning må kunne opnås ved at pålægge en fortrolig oplysning sikkerhedsrestriktioner⁸⁷. Hvor omfattende, disse restriktioner skal være, fremgår hverken af direktivet eller LFF 2018/125. Det må dog antages, at fortrolighedsstempling eller en begrænsning i den personkreds, som får kendskab til den fortrolige oplysning er tilstrækkelig. Et stiltiende krav om hemmeligholdelse kan efter konkrete omstændigheder være nok⁸⁸.

Betingelsen om handelsværdi er opfyldt, hvis ulovlig erhvervelse, brug eller videregivelse af en forretningshemmelighed vil skade indehaverens interesser. Disse interesser kan være i forhold til selskabets potentiale, finansielle interesser eller evne til at konkurrere.⁸⁹

⁸⁵ Direktiv 2016/943, side 4, bemærkning 14.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Riis, 2018, side 464.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Direktiv 2016/943, side 4, bemærkning 14.

Handelsværdi må forstås i nær tilknytning til MFL § 23, og betingelsen om at en erhvervshemmelighed skulle have betydning for den erhvervsdrivendes konkurrencedygtighed og markedsplacering. Såfremt en fortrolig oplysning ikke har betydning for et selskabs konkurrenceevne, er der ikke tale om en forretningshemmelighed i FHL's forstand, jf. FHL § 2, nr. 1, litra b.

Begrebet forretningshemmeligheder omfatter ikke ubetydelige oplysninger, idet disse ikke vil have en betydning for virksomhedens konkurrenceevne.⁹⁰ Kompetencer, som ansatte normalt erhverver i løbet af deres ansættelse, er ligeledes ikke omfattede.⁹¹ Herved skabes samme sondring mellem faglig specialviden og almen branchekendskab, som var gældende efter MFL § 23. Det centrale i denne vurdering må være, hvorvidt der er tale om specialviden, som kan skade indehaverens/virksomhedens konkurrencefordel. Dette blev f.eks. gjort gældende i afgørelsen U.1975.1049 H.

Definitionen af krænkende varer yder ligeledes hjælp til at fastlægge, hvad der i FHL forstås som forretningshemmeligheder. Foruden definitionen i § 2, nr. 1 kan der af nr. 4 udledes, at forretningshemmeligheder bl.a. kan handle om udformning, karakteristika, funktion, produktionsmetode eller markedsføring. Det må betyde, at forretningshemmeligheder kan bestå af udseende, anvendelse, kendetegn, fremstillingsmetode eller generel markedsføring. Krænkende varer og FHL § 2, nr. 4 gennemgås nærmere nedenfor under punkt d.

I bemærkningerne til LFF 2018/125 oplyses desuden, at tekniske tegninger, beskrivelser, opskrifter mv. ligeledes er indeholdt i begrebet forretningshemmeligheder.⁹² Beskyttelsesobjektet er herved blevet centraliseret og udtalt, hvilket letter opgaven med at fastlægge, hvorvidt en given oplysning falder inden for lovens anvendelsesområde eller ej. Det må dog erindres, at direktiv 2016/943 ikke er udtømmende, da der er tale om et minimumsdirektiv. Det kan således aftales mellem parter, at en oplysning skal anses for en forretningshemmelighed, selvom betingelserne i FHL § 2, nr. 1 ikke er opfyldte⁹³.

⁹⁰ Direktiv 2016/943, side 4, bemærkning 14.

⁹¹ Ibid.

⁹² LFF 2018/125, side 38.

⁹³ Riis, 2018, side 464.

b. Forretningshemmelighedshaver

Ved forretningshemmelighedshaver forstås enhver fysisk eller juridisk person, som lovligt kontrollerer en forretningshemmelighed, jf. FHL § 2, nr. 2. Definitionen af forretningshemmelighedshaver er ikke direkte berørt i bemærkningerne til direktiv 2016/943.

I henhold til MFL § 23 tilhørte erhvervshemmeligheder den virksomhed, for hvilken de havde særlig betydning. Dette kan udledes af LFF 2018/125: *"visse forhold...der har særlig betydning for virksomheden...bevares for vedkommende virksomhed og ikke af dens...medindehavere..."*⁹⁴.

Sondringen mellem fysiske og juridiske personer i FHL må tolkes som at skulle sikre, at forretningshemmeligheder er forbeholdt den virksomhed, som afhænger af hemmeligholdelsen. At forretningshemmeligheder efter FHL tilhører en virksomhed og ikke ejere eller andre parter nævnes ligeledes i bemærkningerne til LFF 2018/125.⁹⁵

Af FHL § 2, nr. 2 fremgår det desuden, at forretningshemmelighedshaver er den, der lovligt kontrollerer en forretningshemmelighed, jf. ordlyden. Hvad, der skal forstås ved lovligt at kontrollere en forretningshemmelighed, er ikke nærmere angivet i hverken direktiv 2016/943 eller LFF 2018/125.

Henset til ordets sædvanlige anvendelse må det formodes, at der ved kontrol foreligger en form for bestemmelsesret over en given genstand. I dette tilfælde er der tale om bestemmelsesret over en forretningshemmelighed. Denne ret må indebære, at en given forretningshemmelighed er erhvervet lovligt og i øvrigt kan bruges og videregives lovligt uden at krænke andre forretningshemmeligheder. Kontrol må desuden indebærer, at en indehaver kan give samtykke til at andre kan erhverve, bruge og videregive forretningshemmeligheden.

FHL §§ 3 og 4 gennemgås nærmere i afsnit 4.2.2 og 4.2.3.

c. Krænkende part

Ved krænkende part forstås enhver fysisk eller juridisk person, som ulovligt har erhvervet, brugt eller videregivet en forretningshemmelighed, jf. FHL § 2, nr. 3. Hvorvidt dette er tilfældet, følger af FHL § 4.

⁹⁴ LFF 2018/125, side 9.

⁹⁵ Ibid, side 39.

Efter den tidligere retstilstand var personkredsen begrænset til personer med økonomiske interesser i en erhvervsvirksomhed samt personer, som i øvrigt ophold sig lovligt på virksomheden, jf. MFL § 23, stk. 1-3. Direktiv 2016/943 er ikke afgrænset til samme personkreds, da tilknytning og lovligt ophold på erhvervsvirksomheden er uden betydning.⁹⁶

Ifølge bemærkningerne til lovforslaget har det dog ikke været tilsigtet at udvide den omfattede personkreds i forhold til den tidligere beskyttelse i MFL § 23. Det skyldes, at der allerede er et strafferetligt forbud mod erhvervelse af forretningshemmeligheder, såfremt en person ikke har lovlig adgang til virksomheden.⁹⁷ Den omfattede personkreds er herved gjort identisk med den som fulgte af MFL § 23.

Sondringen mellem fysisk og juridisk person i § 2, nr. 3 må ses i lyset af begrundelsen for MFL § 23, stk. 5. Begrundelsen var, at det ofte var andre erhvervsdrivendes brug, som skabte baggrunden for overtrædelse af MFL § 23, stk. 1 og 2⁹⁸. Det er herved anerkendt, at den virksomhed, som senere benytter en ulovligt erhvervet forretningshemmelighed, bærer en del af ansvaret for overtrædelsen af FHL.

d. Krænkende varer

Ved krænkende varer forstås varer, hvis udformning, karakteristika, funktion, produktionsproces eller markedsføring i væsentlig grad drager fordel af forretningshemmeligheder, som er erhvervet, brugt eller videregivet ulovligt, jf. FHL § 2, nr. 4.

I direktiv 2016/943 gives en vis vejledning i, hvordan bestemmelsen om krænkende varer skal bruges. Den tilsigtede anvendelse af FHL § 2, nr. 4 er i tilfælde, hvor ulovlig brug af en forretningshemmelighed har betydning for en vares kvalitet, værdi eller pris, eller for reduktion af omkostninger til fremskyndelse af produktions- eller markedsføringsprocesser.⁹⁹ Herved forstås, at hvis en vare drager fordel af en ulovligt brugt forretningshemmelighed i relation til kvalitet, værdi, fremstillingsproces mv., er der tale om en krænkende vare.

⁹⁶ LFF 2018/125, side 12.

⁹⁷ Ibid, side 13.

⁹⁸ LFF 1972/37, side 6.

⁹⁹ Direktiv 2016/943, side 6, bemærkning 28.

Ved fastlæggelsen af krænkende varer skal der foretages et skøn i forhold til, om en vare "...i væsentlig grad drager fordel af forretningshemmeligheder..."¹⁰⁰. Væsentlighedsvurderingen foretages på baggrund af udformning, karakteristika osv. sammenlignet med den krænkede forretningshemmelighed.

Der foreligger ikke praksis på væsentlighedsvurderingen efter FHL § 2, nr. 4 endnu. Der er dog eksempler på, at retten har foretaget et skøn på baggrund af MFL § 23. Fælles for disse domme er det faktum, at en konkurrent kunne springe alle mellemregninger over og gå direkte til facit. Heri blev den konkurrencemæssige fordel ved erhvervshemmelighederne udnyttet. Dette var f.eks. tilfældet i følgende afgørelser:

U.1975.1049 H: *Sagen angik en af indstævntes tidligere medarbejdere. Denne havde opnået erfaring med skibsradioanlæg.*

Der var tale om faglig specialviden, som udgjorde en erhvervshemmelighed. Den tidligere medarbejder havde fået ansættelse ved en ny skibsradioproducent, hvor der var gjort brug af denne viden.

Retten udtalte, at den tidligere medarbejders specialviden var af væsentlig værdi, fordi den overflødiggjorde tidskrævende og omkostningstunge undersøgelser. Der kunne derfor opnås et tidsmæssigt forspring i produktudvikling, ved benyttelse af denne viden.

Fortolkning:

Dommen er et eksempel på en fordel i forhold til produktionsproces. Der var opnået et forspring, som i det væsentlige kunne tilskrives den tidligere medarbejders specialviden og erfaring.

U.1986.268 S: *Sagen drejede sig om opvaskemaskiner. En af sagsøgers konkurrenter påbegyndte udviklingen af en opvaskemaskine.*

Efter en skønsvurdering havde konkurrentens maskine væsentlige ligheder med sagsøgers produkt. Det drejede sig især om et varmelegeme, som kun kunne bestilles ved kendskab til et særligt reservedelsnummer.

¹⁰⁰ FHL § 2, nr. 4, 1. led.

Retten dømte for overtrædelse af MFL § 9, stk. 3 (senest § 23, stk. 4), da lighederne var væsentlige. Det drejede sig især om et varmelegeme, som kun kunne bestilles ved kendskab til et særligt reservedelsnummer.

Fortolkning:

I denne afgørelse ses et eksempel på væsentlighed i forhold til varens funktion. Det omtalte varmelegeme var særegent for sagsøgers maskine. Derudover var der flere andre funktioner, som ikke fandtes i andre maskiner end sagsøgers og konkurrentens.

Som nævnt ovenfor er formålet ifølge direktivet at give virksomheder et incitament til at investere i innovation. Heri ligger en mulighed for at opnå en konkurrencemæssig fordel¹⁰¹. Det kan umiddelbart antages, at væsentligheden i FHL § 2, nr. 4 vil være opnået, hvis ulovlig erhvervelse, brug eller videregivelse af en given hemmelighed udvander dette formål.

Ud fra ordlyden af FHL § 2, nr. 4 kræves det, at forretningshemmelighederne er ulovligt erhvervet, brugt eller videregivet. Heri ligger modsætningsvis en formodning for, at der ikke er tale om krænkende varer i FHL's forstand, hvis der er draget væsentlig fordel af lovligt erhvervede, brugte og videregivne varer. Dette må have nær sammenhæng med, at direktiv 2016/943 og dermed FHL ikke skaber enerettigheder og monopoler¹⁰².

e. Definitioner i FHL § 2, nr. 1-4 i perspektiv til eksemplet

I det praktiske eksempel ses forretningshemmeligheder i form af forretningsstrategi, produktionsmetode, kundekartotek og udkastet til tilbudsftaler. Da der ikke længere skal skelnes mellem tekniske tegninger og erhvervshemmeligheder, falder alt dette materiale under samme betegnelse.

Begrebet forretningshemmeligheder efter FHL og erhvervshemmeligheder efter MFL § 23 harmonerer med hinanden. Allerede af denne årsag er der tale om forretningshemmeligheder i lovens forstand.

¹⁰¹ Direktiv 2016/943, side 1, bemærkning 1.

¹⁰² Ibid, side 4, bemærkning 16.

Såfremt begreberne ikke på forhånd var erklæret harmoniserende i LFF 2018/125, ville udfaldet af vurderingen dog have været den samme. Da de fortrolige oplysninger er skabt af medarbejdere i målselskabet, er der forudsætningsvis ikke tale om oplysninger, som er almindeligt kendte eller tilgængelige, jf. FHL § 2, nr. 1, litra a.

Kravet om handelsværdi afhænger af, hvorvidt oplysningerne er relevante for målselskabets konkurrenceevne. For produktionsmetodens vedkommende medfører denne betydelige besparelser på produktionsomkostninger. Forretningsstrategien er relevant for målselskabets etablering på markedet. Kundekartoteket kan ligeledes indeholde konkurrencerelevante oplysninger, såfremt potentielle nye kunder fremgår heraf. Det må således antages, at misbrug af oplysningerne kan skade målselskabets potentiale og konkurrenceevne, jf. FHL § 2, nr. 1, litra b.

Hvad angår de rimelige sikkerhedsforanstaltninger, har målselskabet antageligvis hemmeligholdt oplysningerne. Der kan dog være sket en brist, da K ikke er blevet pålagt en fortrolighedsaftale i forbindelse med due diligence. Dette ændrer dog ikke ved, at målselskabet må have haft en berettiget forventning om, at oplysningerne ville forblive hemmeligholdte, selvom der ikke foreligger en konkret fortrolighedsaftale. Betingelsen i FHL § 2, nr. 1, litra c er således også opfyldt.

I det konkrete eksempel er målselskabet forretningshemmelighedshaver. Dette skyldes selskabets kontrol med forretningshemmelighederne og kompetencen til at tillade andre lovlig erhvervelse, brug og videregivelse. Selve ejeren af målselskabet anses ikke for rette forretningshemmelighedshaver. Dette kommer bl.a. til udtryk ved, at hemmelighederne indgår som en del af den vare, K overvejer at købe. At hemmelighederne er hjemmehørende i målselskabet og er omfattet af overdragelsen, er desuden baggrunden for, at K bliver informeret om dem. Formålet med udleveringen af hemmelighederne må have været, at disse skulle forblive i målselskabet.

Hvem, der er omfattet af begrebet *krænkende part*, må bero på en vurdering af, hvem der ulovligt har erhvervet, brugt og videregivet hemmeligheder. Fastlæggelsen heraf følger nedenfor, hvor lovlig og ulovlig adfærd med forretningshemmeligheder behandles. Foreløbigt skal det blot fastlægges, at de personer, der muligvis overtræder FHL, er de tidligere ansatte, K og konkurrenten.

I forhold til krænkende varer er dette ligeledes betinget af, at målselskabets hemmeligheder er erhvervet, brugt eller videregivet ulovligt.

4.2.2 Lovlig erhvervelse, brug og videregivelse (FHL § 3)

Fastlæggelsen, af hvad der skal forstås ved erhvervelse, brug og videregivelse, fremgår af LFF 2018/125. Heri henvises til retsstillingen efter MFL § 23. På baggrund heraf forstås der ved erhvervelse, at en person ud fra hukommelse, notater eller ved hjælp af tilegnede beskrivelser kan genskabe eller rekonstruere en forretningshemmelighed. Ved brug forstås, at en erhvervet forretningshemmelighed anvendes i erhvervsmæssigt eller privat øjemed. Videregivelse foreligger, når tredjemand får overdraget en forretningshemmelighed.¹⁰³

a. Lovlig erhvervelse

I henhold til FHL § 3, stk. 1 betragtes erhvervelse som lovlig, hvis den er i overensstemmelse med bestemmelsens nr. 1-4.

Erhvervelse kan være lovlig ved uafhængig opdagelse eller skabelse, jf. FHL § 3, stk. 1, nr. 1. Dette har nær tilknytning til, at forretningshemmeligheder ikke skal fortolkes som enerettigheder idet formålet med loven og direktiv 2016/943 er at fremme innovation og konkurrence¹⁰⁴. Det er derfor lovligt for andre erhvervsdrivende at skabe eller opdage en forretningshemmelighed, hvis det sker på baggrund af egen forskning og undersøgelse.

Dernæst er erhvervelse lovlig, hvis den sker ved observation, undersøgelse, demontering m.m. af produkter og genstande, som er gjort tilgængelige for offentligheden, jf. FHL § 3, stk. 1, nr. 2. Bestemmelsen omfatter ligeledes oplysninger, som erhverves af en person, som lovligt er i besiddelse af en given genstand og ikke er juridisk forpligtet til at begrænse erhvervelsen af hemmeligheden, jf. FHL § 3, stk. 1, nr. 2, 2. led. Der er her tale om beskyttelse af oplysninger, som erhverves ved reverse engineering¹⁰⁵. De genstande, der er tale om, er bl.a. solgte genstande og oplysninger, som i øvrigt er blevet offentliggjorte af forretningshemmelighedshaveren¹⁰⁶.

FHL § 3, stk. 1, nr. 3 omhandler erhvervelse af forretningshemmeligheder ved udøvelse arbejdstageres og arbejdstagerrepræsentanternes ret til information og høring. Heri ligger en beskyttelse af ansattes og deres fagforeningers ret til at erhverve oplysninger. Sigtet med

¹⁰³ LFF 2018/125, side 12.

¹⁰⁴ Direktiv 2016/943, side 4, bemærkning 16.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ LFF 2018/125, side 38.

bestemmelsen er at sikre ansattes ret til at få indsigt i og videregive informationer, som kan få relevans for deres ansættelsesforhold.¹⁰⁷

Erhvervelse af forretningshemmeligheder, som led i enhver anden praksis, der ikke kan anses for at stride imod redelig erhvervspraksis, er desuden lovlig, jf. ordlyden af FHL § 3, stk. 1, nr. 4.

FHL § 3, stk. 1, nr. 4 fungerer som opsamlingsbestemmelse. I LFF 2018/125 fremgår, at retsstillingen efter direktiv 2016/943 og dermed FHL er underlagt en "*...retlig standard...*"¹⁰⁸. Der henvises endvidere til MFL §§ 3 og 4, som omhandler erhvervsdrivendes pligt til at udvise god markedsføringsskik efter § 3 og god erhvervsskik efter § 4¹⁰⁹.

Ved god markedsføringsskik forstås en bestemt adfærdsnorm, som erhvervsdrivende skal overholde¹¹⁰. I betænkning nr. 1236 af 1992 om ny Markedsføringslov (bet. 1992/1236) fremføres, at § 1 (nu MFL § 3) har til formål at sikre en tilbørlig og rimelig virksomhedsdrift under hensyn til konkurrenter, andre erhvervsdrivende, forbrugere og samfundets interesser¹¹¹. Det er op til retsfortolkningen og retsopfattelsen, hvorvidt en erhvervsdrivende har forbrudt sig imod god markedsføringsskik¹¹². Af bet. 1992/1236 fremgår helt konkrete eksempler på, hvad der er i strid med god markedsføringsskik. Der er bl.a. tale om efterligning, snyltning, udnyttelse af andres indsats mv.¹¹³

God erhvervsskik blev indført i MFL gennem lovforslag nr. 40 af 12. oktober 2016. Hvad, der skal forstås ved god erhvervsskik, er nærmere fastlagt i MFL § 2, nr. 9. Heraf fremgår, at god erhvervsskik er standarden for de færdigheder og den omhu, som erhvervsdrivende kan forventes at udvise overfor forbrugere, og som står i rimeligt forhold til hæderlig markedspraksis og god tro inden for den erhvervsdrivendes virkefelt. Formålet med MFL § 4 er udelukkende at sikre forbrugernes økonomiske interesser¹¹⁴.

¹⁰⁷ LFF 2018/125, side 38.

¹⁰⁸ Ibid, side 13.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Heide-Jørgensen, 2017, side 54.

¹¹¹ Bet. 1992/1236, side 5.

¹¹² Heide-Jørgensen, 2017, side 57.

¹¹³ Bet. 1992/1236, side 6.

¹¹⁴ Heide-Jørgensen, 2017, side 54.

Hvorvidt en forretningshemmelighed er erhvervet i overensstemmelse med redelig erhvervspraksis, må vurderes ud fra, hvorvidt erhververens adfærd i forbindelse med erhvervelsen har været i overensstemmelse med god markedsførings- og erhvervsskik.

b. Lovlig erhvervelse, brug og videregivelse

FHL § 3, stk. 2 angår både lovlig erhvervelse, brug og videregivelse, og det fremgår, at forretningshemmeligheder kan erhverves, bruges og videregives lovligt, i det omfang EU-ret eller national ret kræver eller tillader det.

Under denne bestemmelse hører al erhvervelse, brug og videregivelse, som er hjemlet i lov. Af direktiv 2016/943 fremgår eksempelvis lovpligtig revision.¹¹⁵ Bestemmelsens anvendelsesområde er ikke nærmere defineret. Formålet må dog have været at sikre, at selskaber ikke kan nægte udlevering af oplysninger til offentlige myndigheder ved at påberåbe FHL¹¹⁶.

Overordnet set giver FHL mere specifik vejledning i, hvornår erhvervelse, brug og videregivelse er lovlig, end MFL § 23 gjorde. Efter den tidligere bestemmelse var der ikke en lov hjemlet oversigt over, hvornår erhvervelse, brug og videregivelse var tilladt. FHL skaber herved mere klarhed på området.

Med fastlæggelsen, af hvornår der foreligger lovlig erhvervelse, brug og videregivelse i FHL § 3, skabes der dog et paradoks. Da FHL sonderer mellem lovlig og ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse, kan der opstå situationer, hvor en handling ikke kan kategoriseres i hverken den ene eller anden bestemmelse. Såfremt der hverken er tale om udtalt lovlighed eller ulovlighed, må placeringen af en erhvervelse, brug eller videregivelse vurderes ud fra de konkrete omstændigheder.

c. Lovlig erhvervelse, brug og videregivelse i perspektiv til eksemplet

For de tidligere ansattes vedkommende er forretningshemmelighederne blevet erhvervet som led i deres ansættelse, hvilket ikke er direkte nævnt som lovlig i FHL § 3. For produktionsmetoden og forretningsstrategiens vedkommende har de ansatte skabt oplysningerne selv. Der kan således være tale om lovlig erhvervelse, jf. FHL § 3, stk. 1, nr. 1. Skabelsen har dog ikke været uafhængig, da det er sket som led i deres ansættelse. Oplysningerne må derfor formelt set være skabt af målselskabet.

¹¹⁵ Direktiv 2016/943, side 4, bemærkning 18.

¹¹⁶ Riis, 2018, side 464.

Hvorvidt de tidligere medarbejderes erhvervelse er lovlig, må derfor bero på en modsætningsslutning af, om der er tale om ulovlig erhvervelse, som gennemgås i afsnit 4.2.3.

K har fået udleveret hemmelighederne af forretningshemmelighedshaver som led i due diligence. Der er således ikke tale om uafhængig skabelse eller opdagelse. Der er ligeledes ikke sket reverse engineering. K's erhvervelse kan dog anses for lovlig i forhold til FHL § 3, stk. 1, nr. 2, 2. led, idet det fremgår heraf, at erhvervelse er lovlig, såfremt den sker ved undersøgelse af en genstand, som erhververen lovligt er i besiddelse af. Erhververen skal desuden ikke være pålagt nogen juridisk forpligtelse til at begrænse erhvervelsen. Da K ikke er blevet pålagt en fortrolighedsaftale, og har fået stillet forretningshemmelighederne til rådighed af indehaveren, er K's erhvervelse lovlig, jf. FHL § 3, stk. 1, nr. 2, 2. led.

K's videregivelse til målselskabets konkurrent er ikke indeholdt i lovlig videregivelse i FHL § 3, stk. 2. Konkurrentens erhvervelse og brug kan desuden ikke begrundes i FHL § 3.

4.2.3 Ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse (FHL § 4)

Indledningsvis fremgår det i FHL § 4, stk. 1 og 2, at ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse er en handling, som foretages uden forretningshemmelighedshaverens samtykke. Heri ligger bl.a., at indehaverens samtykke medfører, at et givent forhold falder uden FHL § 4. Samtykke medfører dermed lovliggørelse¹¹⁷.

a. Ulovlig erhvervelse

Hvad, der nærmere bestemt forstås ved ulovlig erhvervelse, fremgår af ordlyden af FHL § 4, stk. 1. Dette er tilfældet, hvis en hemmelighed erhverves ved uautoriseret adgang til, tilegnelse af eller kopiering af dokumenter, genstande m.m., som indeholder en forretningshemmelighed, jf. FHL § 4, stk. 1, nr. 1. Forbuddet omfatter desuden tilegnelse, kopiering osv. af genstande, hvoraf en forretningshemmelighed kan udledes. Enhver anden adfærd som kan anses for at være i strid med redelig erhvervspraksis er ligeledes ulovlig, jf. FHL § 4, stk. 1, nr. 2.

¹¹⁷ LFF 2018/125, side 39.

I LFF 2018/125 bemærkes det, at FHL § 4, stk. 1 finder anvendelse på personer med lovlig adgang til virksomheden. Her fastlås det, at den omfattede personkreds ikke omfatter personer, som opholder sig på virksomheden ulovligt.¹¹⁸

Som nævnt indledningsvis til afsnit 4.2.2 forstås erhvervelse i FHL's forstand i overensstemmelse med kendskab og rådighed efter den tidligere MFL § 23. Det kan derfor antages, at erhvervelse ved uautoriseret adgang til, tilegnelse af osv. efter FHL § 4, stk. 1, nr. 1 omfatter tilfælde, hvor forretningshemmelighederne kan genskabes på baggrund af hukommelse, eller hvor der er sket faktisk tilegnelse af dokumenter, genstande og lignende.

Såfremt erhvervelse sker i strid med redelig erhvervspraksis, er dette gjort ulovligt, jf. FHL § 4, stk. 1, nr. 2. Heraf kan udledes, at erhvervelse ved en uacceptabel adfærd ikke er tilladt. FHL § 4, stk. 1, nr. 2 fungerer dog også som en opsamlingsbestemmelse og kan anvendes ud fra et friere skøn på samme måde som FHL § 3, stk. 1, nr. 4.

Ved anvendelse af den tidligere MFL § 23 var det i praksis ikke usædvanligt, at MFL § 3 ligeledes blev påberåbt.¹¹⁹ Bestemmelserne supplerede hinanden, da generalklausulen i MFL § 3 ofte fandt anvendelse, når MFL § 23 kom til kort. Denne praksis behøver formentlig ikke længere at blive fulgt, da FHL indeholder bestemmelser om redelig erhvervspraksis i §§ 3, stk. 1, nr. 4 og 4, stk. 1, nr. 2, hvorfor inddragelse af MFL § 3 vil være overflødig.

b. Ulovlig brug og videregivelse

Ulovlig brug og videregivelse er reguleret i FHL § 4, stk. 2. Heraf følger tre betingelser, som fastlægger omstændighederne for, hvornår et forhold er ulovligt. Det drejer sig om, hvis en hemmelighed bruges eller videregives af en person, som har erhvervet denne ulovligt, jf. FHL § 4, stk. 2 nr. 1, jf. stk. 1. Videregivelse er desuden ulovlig, hvis det foretages af en person, som derved bryder en fortrolighedserklæring eller anden pligt til at undlade videregivelse, jf. FHL § 4, stk. 2, nr. 2. Overtrædelse af en kontraktlig forpligtelse eller enhver anden pligt til at begrænse hemmelighedens brug er ligeledes ulovlig, jf. FHL § 4, stk. 2, nr. 3.

Som nævnt er brug og videregivelse ulovlig, hvis dette er opnået uden forretningshemmelighedshaverens samtykke. Det kan dog være en nødvendig følge af en given

¹¹⁸ LFF 2018/125, side 39.

¹¹⁹ Riis, 2018, side 469.

arbejdsopgave. Såfremt dette er tilfældet, vil brugen eller videregivelsen ikke kræve samtykke for at være lovlig.¹²⁰

I forhold til FHL § 4 ulovliggøres omgang med forretningshemmeligheder, som bryder fortrolighedsaftaler, kontraktlige forpligtelser eller andre pligter til begrænsning af brug og videregivelse, jf. bestemmelsens stk. 2, nr. 2 og 3. Da fortrolighedsaftaler og kontraktlige forpligtelser nævnes specifikt, må det heraf udledes, at der skal være tale om en faktisk indgået aftale. Hvad, der skal forstås ved anden pligt, er ikke nærmere fastlagt. Det er dog overvejende sandsynligt, at der herved tænkes på sædvaner og andre grundsætninger. Dette kan f.eks. være parternes gensidige loyalitetsforpligtelse.

Loyalitetsforpligtelsen er udtryk for, at samarbejdende parter har en gensidig pligt til at varetage hinandens interesser i rimeligt omfang¹²¹. Loyalitetsforpligtelsen kan være udtrykkeligt eller stiltiende aftalt og anses for at være en alment anerkendt grundsætning¹²². Tilsidesættelse af loyalitetspligten anses i dansk ret for at være et retsbrud¹²³.

Hovedsigtet med FHL § 4, stk. 2, nr. 2 og 3 er at yde beskyttelse mod, at ansatte og samarbejdspartnere selv bruger forretningshemmeligheder eller videregiver disse til konkurrenter. Forpligtelsen gælder såvel under som efter ansættelsen eller samarbejdet. For så vidt angår brug, kan dette være ulovligt uden samtykke, selvom brugen foregår internt i forretningshemmelighedshaverens egen virksomhed.¹²⁴ Forbuddet bærer herved til en vis grad præg af utilbørlighedsvurderingen efter den MFL § 23.

c. Hæleribestemmelsen

Bestemmelsens stk. 3 er rettet mod tredjemand, som ved erhvervelse, brug eller videregivelse vidste eller burde vide, at hemmeligheden er brugt eller videregivet ulovligt, jf. FHL § 4, stk. 3.

Ved FHL § 4, stk. 3 er *hæleribestemmelsen* i MFL § 23, stk. 5 videreført. Begrundelsen er fortsat, at det er vigtigt at omfatte tredjemand, da det er dennes udnyttelse af forretningshemmeligheder, der

¹²⁰ LFF 2018/125, side 39.

¹²¹ Andersen og Lookofsky, 2015, side 29.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid, side 69.

¹²⁴ LFF 2018/125, side 39.

skaber baggrunden for overtrædelse af FHL¹²⁵. Betingelserne er, at tredjemand skal være i ond tro, og at hemmeligheden er videregivet i strid med FHL § 4, stk. 2, jf. FHL § 4, stk. 3.

d. Omgang med krænkende varer

Af FHL § 4, stk. 4 fremgår, at det anses for ulovlig brug at producere, udbyde, markedsføre, importere, eksportere eller oplagre krænkende varer. Forudsætningen er, at den person, der producerer, udbyder, markedsfører osv., vidste eller burde vide, at en forretningshemmelighed er brugt ulovligt. På baggrund af ordlyden af FHL § 4, stk. 4 kan det udledes, at både handel og omgang med krænkende varer er ulovligt.

e. Ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse i perspektiv til eksemplet

De tidligere ansattes erhvervelse og brug af forretningshemmelighederne under ansættelsen anses for lovlig. Det skyldes ikke kun, at forretningshemmelighedshaveren har givet samtykke til erhvervelse og brug. Dette har ligeledes været en forudsætning for udførelse af deres arbejde.

K's erhvervelse er som nævnt ovenfor lovlig, jf. FHL § 3, stk. 1, nr. 2. Videregivelsen til konkurrenten er derimod ulovlig, jf. FHL § 4, stk. 2. På trods af at K ikke har underskrevet hverken en fortrolighedsaftale eller andre formelle og skriftlige aftaler, har parterne fortsat en gensidig pligt til at handle loyalt med hinanden. Ved at videregive forretningshemmeligheder til konkurrenten har K overtrådt en pligt til ikke at videregive forretningshemmeligheder, jf. FHL § 4, stk. 2, nr. 2.

Konkurrentens efterfølgende erhvervelse og brug af forretningshemmelighederne er ulovlig, jf. FHL § 4, stk. 3. Det må anses for usandsynligt, at konkurrenten ikke er klar over, at oplysningerne videregives i strid med FHL § 4, stk. 2. Der er med andre ord tale om ond tro fra konkurrentens side.

I forlængelse heraf kan både K og konkurrenten karakteriseres som krænkende parter, jf. FHL § 2, nr. 3, jf. § 4, stk. 2 og 3.

Under den forudsætning at konkurrenten anvender målselskabets produktionsmetode, vil varerne der produceres herved være krænkende varer, jf. FHL § 2, nr. 4, jf. § 4, stk. 3. Det skyldes, at der er tale om varer, som er produceret og udbydes til salg ved ulovlig brug af en forretningshemmelighed. Det samme kan gøre sig gældende for konkurrentens markedsstrategi, da denne drager fordel af målselskabets forretningshemmelighed. Væsentlighedsvurderingen må dog tages i betragtning.

¹²⁵ LFF 2018/125, side 40.

Såfremt konkurrenten kan godtgøre, at der i forvejen var en plan om markedsindtræden i resten af Skandinavien, vil kravet om væsentlighed muligvis ikke være opfyldt.

4.3 Delkonklusion

Ved implementeringen af direktiv 2016/943 er der indført et veldefineret regelsæt i dansk ret. Der foreligger en lovbestemt fastlæggelse af, hvad der skal forstås forretningshemmeligheder, forretningshemmelighedshaver, krænkende part og krænkende varer.

I forhold til forståelsen af forretningshemmeligheder er der ikke sket store ændringer. Erhvervs- og forretningshemmeligheder omfatter som udgangspunkt de samme oplysninger. Begrebet forretningshemmeligheder dækker både erhvervshemmeligheder og tekniske tegninger mv. efter MFL § 23. Forudsætningen er dog, at en oplysning til enhver tid faktisk opfylder betingelserne i FHL § 2, nr. 1. Der er overordnet set tale om forhold, som har betydning for en virksomheds konkurrenceevne, som angår forretningsoplysninger og teknologiske oplysninger, og som holdes hemmelige.

Ved definitionen af forretningshemmelighedshaver er det blevet etableret, at hemmeligheder tilhører de virksomheder, hvor hemmelighederne spiller en rolle for konkurrencedygtighed. Dette var dog ligeledes en del af retsgrundlaget for MFL § 23, da medindehavere heller ikke måtte benytte eller videregive erhvervshemmeligheder efter den tidligere bestemmelse.

Hvad, der skal forstås ved at kontrollere en forretningshemmelighed, er som nævnt ikke nærmere fastlagt. Forståelsen heraf kan dog belyses på baggrund af ordet kontrol og den bestemmelsesret, som ordet fordrer. Forretningshemmelighedshaver må således være den juridiske eller fysiske person, som har erhvervet en forretningshemmelighed lovligt, som frit kan bruge og videregive denne, og som kan give andre samtykke til erhvervelse, brug og videregivelse heraf uden at krænke andres forretningshemmeligheder.

Ved definitionen af krænkende part er personkredsen i FHL blevet fastlagt i én bestemmelse. Omfanget af personkredsen er dog overvejende uændret, da der fortsat er en forudsætning om lovligt ophold på virksomheden. Ved at samle den omfattede personkreds i samme bestemmelse er der skabt en mere overskuelig struktur. Der er ikke længere behov for at undersøge, hvilken personkreds en potentiel overtrædelse kan henføres til. Det centrale er, hvorvidt en forretningshemmelighed er erhvervet, brugt eller videregivet ulovligt efter FHL § 4. Såfremt dette

er tilfældet, vil erhververen, brugeren eller personen, der videregiver, de facto være krænkende part, jf. FHL § 2, nr. 3, jf. § 4. Dette gælder uanset vedkommendes tilknytning til virksomheden.

Definitionen af krænkende varer har skabt et værn mod omsætning af varer eller genstande, som drager fordel af forretningshemmeligheder.

Forbuddet i FHL § 4 adskiller sig på visse punkter fra den hidtidige i MFL § 23. Dette er bl.a. ved, at FHL § 4 opregner den adfærd, som er ulovlig. Sondringen mellem lovlig og ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse har skabt en mere systematisk proces. Dette ses ved, at bestemmelserne i FHL §§ 2-4 er centreret omkring ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse. Der er dog et vist råderum, som kan anvendes til konkrete vurderinger. Det følger af vurderingsbestemmelserne om redelig erhvervspraksis.

Ved at angive den adfærd, som medfører, at erhvervelse, brug og videregivelse gøres ulovlig, opstår der dog et vidst tomrum. Såfremt et forhold hverken er omfattet af lovlig eller ulovlig erhvervelse, brug eller videregivelse, må den konkrete situation blive afgjort ud fra en vurdering af det skøn der foreligger i FHL §§ 3, stk. 1, nr. 4 og 4, stk. 1, nr. 2. Herved anerkendes det, at der kan opstå situationer, som bedst løses ved en afvejning af de konkrete omstændigheder.

5. Anvendelse af FHL ved M&A

I dette afsnit sættes anvendelse af FHL i perspektiv til M&A. Dette sker ved en systematisk behandling af de faser, som køb og salg af virksomheder typisk gennemgår, hvor forretningshemmeligheder bør indgå i de involverede parter overvejelser. Der er her tale om forberedelsesfasen, opstartsfasen, undersøgelsesfasen og den afsluttende fase.

I gennemgangen benævnes de involverede parter som køber og sælger. Det bemærkes, at der i praksis kan være flere potentielle købere ad gangen¹²⁶. Der tages dog udgangspunkt i, at der kun er én part under hver betegnelse, da retsstillingen er den samme.

Der vil ikke blive skelnet mellem, hvorvidt køber og sælger er en fysisk eller juridisk person, da dette ligeledes ikke påvirker retstilstanden.

¹²⁶ Gianelli, 2016, side 25.

5.1 Forberedelsesfasen

Forberedelsesfasen er karakteriseret ved, at køber og sælger ikke er indgået i en dialog endnu. Der er tale om forberedende undersøgelser af, hvem parterne ønsker at forhandle køb og salg med.¹²⁷

5.1.1 Sælgers forberedelse

Sælgers primære opgave i denne fase er gøre målselskabet salgsmodent. Det betyder, at væsentlige ændringer i virksomhedsdriften og andre usikkerhedsmomenter bør undgås. Der kan f.eks. være tale om udløb af vigtige samarbejdsaftaler, verserende retssager, lancering af nye produkter mv.¹²⁸

I forberedelsesfasen skal sælger ligeledes overveje hvilke oplysninger, køber skal have adgang til. Heri ligger bl.a. en vurdering af hvilke oplysninger, en potentiel køber forventes at bede om adgang til. Når disse overvejelser er gjort, skal sælger samle oplysninger og dokumentation i et datarum, som senere vil blive stillet til rådighed for køber.¹²⁹

Allerede her skal sælger gøre sig tanker om, hvilke forretningshemmeligheder han ønsker at stille til rådighed. Afvejningen skal tage udgangspunkt i, at forretningshemmelighederne kan være blandt virksomhedens største aktiver. Køber vil derfor sandsynligvis bede om indsigt i disse. Prisen kan ligeledes påvirkes positivt for sælger, hvis forretningshemmelighederne gøres tilgængelige¹³⁰. Modsætningsvis medfører tilgængeliggørelsen i datarummet, at køber gøres bekendt med hemmelighederne. Dette kan få konkurrencemæssige konsekvenser, hvis køber ikke overholder sine fortrolighedsforpligtelser¹³¹.

5.1.2 Købers forberedelse

Køber bør gøre sig nøje overvejelser over hvilken virksomhed, han ønsker at købe. Disse overvejelser skal følge købers øvrige forretningsstrategi.¹³² I forberedelsesfasen vil køber ofte starte med at tilgå offentligt tilgængelige oplysninger. Hvis der er tale om en industriel køber, vil denne også kunne gøre brug af viden om det konkrete marked og om virksomhederne inden for dette¹³³.

¹²⁷ Gianelli, 2016, side 55.

¹²⁸ Hansen og Lundgren, side 40-41.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid, side 44-45.

¹³¹ Hansen og Lundgren, 2014, side 142 og Gianelli, 2016, side 31.

¹³² Hansen og Lundgren, 2014, side 42.

¹³³ Ibid, side 42-43.

Hvis køber opererer på samme marked som målselskabet, kan der allerede under forberedelsesfasen være et vist kendskab til forretningshemmeligheders eksistens. Ønsket om at erhverve en forretningshemmelighed kan endda danne grundlaget for, at en virksomhed ønskes købt.

Efter de forberedende undersøgelser vil parterne ende med en liste over potentielle køber- og sælgeremner. Ud fra denne liste skal der oprettes kontakt mellem parterne¹³⁴. Når kontakten er etableret, kan opstartsfasen iværksættes.

5.2 Opstartsfasen

I opstartsfasen starter selve M&A-processen. Den kan indledes af hver af parterne og er ligeledes præget af undersøgelser og overvejelser.¹³⁵ Det centrale i opstartsfasen er dog, at parterne får forventningsafstemt og til en vis grad kan opnå enighed om rammen for overdragelsen. Det kan f.eks. være i forhold til tidshorisont, mulighed for due diligence, virksomhedsbesøg m.m.¹³⁶ I den forbindelse indgås ofte foreløbige aftaledokumenter, som skal strukturere det fremtidige forløb.

5.2.1 Parternes indledende kontakt

I opstarten vil sælger ofte give køber et informationsmemorandum, som har til formål at præsentere og beskrive målselskabet. Et memorandum indeholder ofte basale oplysninger men kan også angå strategier, markedet og finansielle nøgletal.¹³⁷ Der vil dog ikke blive oplyst om forretningshemmeligheder.

Datarummet og forretningshemmelighederne vil fortsat ikke blive gjort tilgængelige for køber. Dette har nær sammenhæng med, at sælger ofte vil være tilbageholdende med at lade køber få indsigt i forretningshemmeligheder, før samarbejdet er nærmere fastlagt.¹³⁸ Dette sker ved indgåelse af foreløbige aftaledokumenter som f.eks. hensigtserklæringer og fortrolighedsaftaler.

¹³⁴ Gianelli, 2016, side 24.

¹³⁵ Hansen og Lundgren, 2014, side 43.

¹³⁶ Gianelli, 2016, side 27.

¹³⁷ Hansen og Lundgren, 2014, side 43 og Gianelli, 2016, side 26.

¹³⁸ Hansen og Lundgren, 2014, side 139 og 142 og Gianelli, 2016, side 29.

5.2.2 Foreløbige aftaledokumenter

Ved en hensigtserklæring forstås en skriftlig tilkendegivelse af, hvad parterne forventer, agter og har til hensigt at foretage sig. Der er dog ikke tale om en juridisk bindende forpligtelse.¹³⁹ Inden for M&A er formålet med erklæringen, at sælger og/eller køber skal tilkendegive en seriøs interesse i at gennemføre overdragelsen af målselskabet.¹⁴⁰

En fortrolighedsaftale er et skriftligt supplement til de lovregulerede og ulovregulerede fortrolighedsforpligtelser. Ved lovregulerede fortrolighedsforpligtelser forstås FHL §§ 1-4. Den ulovregulerede forpligtelse består i parternes gensidige loyalitetsforpligtelse¹⁴¹. Formålet er at forpligte parterne til fortrolig omgang med oplysninger, som udleveres inter partes¹⁴². En fortrolighedsaftale kan desuden have den funktion, at det beskrives, hvilke oplysninger der anses for fortrolige¹⁴³. I M&A er der opstået en sædvane for indgåelse af fortrolighedsaftaler¹⁴⁴.

Fællestrækket for de foreløbige aftaledokumenter er, at de skal fastlægge processen og tidsrammen for parternes fremtidige samarbejde og forhandling.¹⁴⁵ Der sker med andre ord en manifestering af samarbejdsforholdet.

Den lovregulerede fortrolighedsforpligtelse var tidligere hjemlet i MFL § 23. Bestemmelsen omfattede bl.a. samarbejdspartnere. Hvorvidt, M&A-forhandlinger kunne karakteriseres som samarbejdsforhold, beroede på konkrete vurderinger¹⁴⁶. At parterne har et fælles formål for øje, og at de begge har en økonomisk interesse i overdragelsens gennemførelse taler for, at der foreligger et samarbejdsforhold. Der må dog tages højde for, at indgåelse af foreløbige aftaledokumenter også dengang var en sædvane. Ved en fravigelse fra sædvanen måtte der potentielt kunne sættes spørgsmålstegn ved, om der eksisterede et faktisk samarbejde. Såfremt det ikke kunne sandsynliggøres, at der var etableret et samarbejde mellem køber og sælger, faldt forholdet uden for MFL § 23. Betingelsen om et eksisterende samarbejdsforhold er ikke indeholdt direkte i ordlyden af FHL. Det er derfor ikke et udtalt krav for at kunne påvise en overtrædelse. Dog fremgår det af

¹³⁹ Gomard m.fl., 2012, side 87 og Gianelli, side 30.

¹⁴⁰ Hansen og Lundgren, 2014, side 154 og Gianelli, 2016, side 30.

¹⁴¹ Hansen og Lundgren, 2014, side 154 og Gianelli, 2016, side 30.

¹⁴² Hansen og Lundgren, 2014, side 146 og Gianelli, 2016, side 29.

¹⁴³ Hansen og Lundgren, 2014, side 146 og Gianelli, 2016, side 29.

¹⁴⁴ Hansen og Lundgren, 2014, side 146.

¹⁴⁵ Hansen og Lundgren, 2014, side 139 og Gianelli, 2016, side 27.

¹⁴⁶ Hansen og Lundgren, 2014, side 143.

forarbejderne til loven, at personkredsen er den samme, hvorefter det må udledes, at et samarbejde stadig er påkrævet¹⁴⁷.

I MFL § 23 var der desuden ikke nogen lovbestemt fastlæggelse af begrebet erhvervshemmeligheder. Det er derfor ikke utænkeligt, at der kunne opstå uenigheder om hvilke udleverede oplysninger, der var erhvervshemmeligheder. Indgåelsen af en fortrolighedsaftale kunne spare parterne tvister, da sådanne aftaler ofte beskriver hvilke oplysninger, der er fortrolige. Med indførelsen af FHL er retsstillingen til dels ændret. Der er ganske vist ikke en forskel på begreberne erhvervs- og forretningshemmeligheder. Der er dog kommet en lovreguleret definition, som fremadrettet kan forebygge tvivlstilfælde om hvilke oplysninger, der er beskyttede.

I praksis har foreløbige aftaledokumenter fortsat relevans. Hensigtserklæringer bør indgås for at sikre, at parterne har et ensartet formål for øje. Fortrolighedsaftaler kan anvendes til at udvide og supplere beskyttelsen efter FHL¹⁴⁸. Dette har relevans, da der i M&A kan ske udveksling af oplysninger, som ikke nødvendigvis opfylder betingelserne for at være forretningshemmeligheder men alligevel ønskes hemmeligholdte.

Fortrolighedsaftaler har dog flere funktioner end selve hemmeligholdelsen. De kan angive formålet med, at køber får kendskab til oplysningerne. Heri ligger en afgrænsning af, i hvilken sammenhæng køber må bruge disse. Fortrolighedsaftaler kan desuden fastlægge, hvem køber må videregive oplysningerne til. Dette er i praksis ofte medarbejdere i købers egen virksomhed og rådgivere, som assisterer med overdragelsen.¹⁴⁹ Disse rådgivere kan bl.a. være jurister eller revisorer¹⁵⁰. Afgrænsningen af brug og videregivelse ligger inden for FHL's anvendelsesområde, jf. FHL § 1. Af FHL § 4, stk. 2 fremgår, at forretningshemmelighedshaveren kan give samtykke til brug og videregivelse. Fortrolighedsaftaler kan derfor anses for at være et samtykke til brug og videregivelse med de begrænsninger, aftalen indeholder.

Det er overvejende usandsynligt, at FHL har ændret nødvendigheden af at indgå fortrolighedsaftaler. Der vil fortsat være behov for disse, hvor FHL ønskes suppleret. Køber skal desuden indhente samtykke fra sælger, når fortrolige oplysninger ønskes videregivet til rådgivere.

¹⁴⁷ LFF 2018/125, side 13.

¹⁴⁸ Riis, 2018, side 470.

¹⁴⁹ Hansen og Lundgren, 2014, side 146.

¹⁵⁰ Ibid, side 53-57.

Retsstillingen består derfor uændret, da parterne uanset den konkrete situation vil skulle indgå en fortrolighedsaftale eller en anden kontrakt om samtykke til brug og videregivelse.

Efter indgåelsen af foreløbige aftaledokumenter vil køber typisk bede om indsigt i målselskabets interne forhold og forretningshemmeligheder. Dette er med henblik på at foretage en due diligence-undersøgelse af virksomheden.

5.3 Undersøgelsesfasen

I denne fase får køber adgang til datarummet, som indeholder alle målselskabets interne og fortrolige oplysninger. Dette er med henblik på, at køber skal have et oplyst grundlag at forhandle den endelige overdragelsesaftale på¹⁵¹. I praksis kan due diligence foretages på forskellige tidspunkter og ses også i forskellige former.¹⁵²

5.3.1 Due diligence-undersøgelsen

Undersøgelsen kan udføres tidligt i forløbet. I dette tilfælde har fortrolighed en helt central rolle, da køber formelt set ikke er bundet af nogen juridisk forpligtelse endnu. Indgåelse af foreløbige aftaledokumenter har derfor stor betydning.¹⁵³

Due diligence kan også foretages, efter parterne har underskrevet en betinget købsaftale. Undersøgelsens primære formål er her at afdække, hvorvidt den betingede aftale er opfyldt. Hvis betingelserne ikke opfyldes, kan aftalen enten hæves, eller parterne kan genforhandle den.¹⁵⁴

Due diligence kan gennemføres efter indgåelsen af den endelige aftale. Her vil undersøgelsens formål udelukkende være møntet på regulering af købesummen.¹⁵⁵

Afslutningsvis kan due diligence foregå faseopdelt. Herved får køber gradvist indblik i flere og mere afgørende hemmeligheder, som processen skrider fremad.¹⁵⁶ Sædvanligvis foretages due diligence faseopdelt og tidligt i forløbet.¹⁵⁷

¹⁵¹ Gianelli, 2016, side 33.

¹⁵² Hansen og Lundgren, 2014, side 45.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid, side 252-253.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Ibid, side 45.

¹⁵⁷ Ibid.

I forhold til de forskellige former for due diligence er det ovenfor forudsat, at undersøgelsen foretages af køber. Sælger kan dog ligeledes foretage vendor due diligence. Denne proces er karakteriseret ved, at sælger foretager undersøgelsen af virksomheden og stiller resultaterne til rådighed for køber. Herved kan omfanget af købers egen undersøgelse reduceres.¹⁵⁸ Ved vendor due diligence vil køber ofte bede om skriftligt samtykke fra sælger til at kunne støtte ret på resultaterne af sælgers undersøgelse.¹⁵⁹

Ved at foretage due diligence får køber kendskab til målselskabets forretningshemmeligheder. Det er i den forbindelse vigtigt at være opmærksom på, at det er sælger, der stiller hemmelighederne til rådighed. Sælger giver herved samtykke til, at køber erhverver forretningshemmelighederne. Erhvervelsen falder således uden for forbudsbestemmelsen i FHL § 4, stk. 1.

5.3.2 Datarumsadgang og erhvervelse, brug og videregivelse

I forbindelse med at køber får adgang til datarummet, udleverer sælger ofte regler for adgang og brug af det.¹⁶⁰ Reglerne kan indeholde et forbud mod, at oplysninger fjernes fra datarummet. Der skabes herved en sontring mellem kendskab og rådighed.

Sælgers interesse i at forbyde rådighed over oplysningerne fra datarummet må begrundes i, at overdragelsen endnu ikke er gennemført. Hvis køber har skaffet sig rådighed over forretningshemmeligheder, risikerer sælger, at der vil blive gjort brug af disse uden samtykke. Forretningshemmelighederne kan herved miste deres værdi og status som forretningshemmeligheder, såfremt betingelserne om hemmeligholdelse, handelsværdi og sikkerhedsforanstaltninger i FHL § 2, nr. 1 ikke længere opfyldes. Dette kan f.eks. ske ved, at hemmelighederne offentliggøres.

Sontringen mellem kendskab og rådighed var indeholdt i MFL § 23. I FHL er disse begreber blevet samlet under fællesbetegnelsen erhvervelse¹⁶¹. Ved at tillade køber kendskab men forbyde rådighed, bliver retsstillingen efter FHL muligvis uklar i forhold til reguleringen ved datarumsadgang i M&A. Det skyldes, at der inden for M&A vil opstå situationer, hvor kendskab og rådighed må adskilles. Købers retsstilling fremgik mere direkte i MFL § 23, hvor sontringen fremgik direkte af

¹⁵⁸ Hansen og Lundgren, 2014, side 45 og Gianelli, 2016, side 39.

¹⁵⁹ Hansen og Lundgren, 2014, side 46.

¹⁶⁰ Ibid, side 131.

¹⁶¹ LFF 2018/125, side 12.

bestemmelsen i MFL § 23, stk. 1 og 2. Problematikken kunne løses ved, at indholdet i FHL § 4, stk. 1, nr. 1 fortolkes opdelt. Herved forstås, at sælger gør datarummet tilgængeligt og derved giver samtykke til, at køber skaffer sig kendskab til forretningshemmelighederne. Dette medfører dog ikke samtykke til resten af indholdet i stk. 1, nr. 1. Tilegnelse og kopiering forbliver herved ulovligt, da samtykket ikke omfatter disse handlinger. Hvorvidt FHL kan fraviges på denne måde er dog ikke sikkert. Den anbefalelsesværdige fremgangsmåde må dog være, at parterne følger hidtidig praksis og indgår en skriftlig aftale om samtykkets omfang.

Såfremt sælger ikke ville have mulighed for at forbyde køber rådighed over forretningshemmelighederne, vil der være en risiko for, at sælgere vil være mere tilbageholdende med at give adgang til datarum. Ved M&A er der som nævnt et gensidigt behov for, at køber får kendskab til fortrolige oplysninger om målselskabet. Ved en manglende sondring mellem kendskab og rådighed i FHL ville sælgers retsstilling forringes sammenlignet med MFL § 23. Dog kan dette som anført undgås ved, at parterne følger hidtidig praksis og fastlægger samtykkets omfang i en skriftlig aftale.

Hvad angår brug og videregivelse, er retsstillingen antageligvis uændret. Dette udledes af, at køber efter MFL § 23 var begrænset til at benytte og videregive erhvervshemmeligheder i det omfang, en given tilladelse forelå. Efter FHL § 4, stk. 2 kræver brug og videregivelse samtykke fra forretningshemmelighedshaveren. I praksis har det som nævnt hidtil været reguleret i fortrolighedserklæringer, at køber må bruge forretningshemmeligheder til gennemførelse af overdragelsen, og at videregivelse må ske til rådgivere og interne medarbejdere. Sælgers samtykke må anses for at være begrænset til de konkrete tilfælde, som en given fortrolighedsaftale indeholder.

Såfremt parterne ikke indgår en fortrolighedsaftale følger det af FHL § 4, stk. 2, nr. 2 og 3, at køber ligeledes ikke må bruge og videregive forretningshemmeligheder i det omfang enhver anden pligt til at undlade dette vil være misligholdt. Herved er parternes gensidige loyalitetsforpligtelse antageligvis kommet til udtryk i FHL. Denne var dog ligeledes gældende efter den tidligere retstilstand. Overordnet set har retsstillingen ved brug og videregivelse ikke ændret sig. FHL giver dog en mere afgrænset regulering, da skriftlige forpligtelser og andre pligter er nævnt specifikt, jf. FHL § 4, stk. 2, nr. 2 og 3.

5.4 Den afsluttende fase

I den afsluttende fase skal der sondres mellem to forskellige scenarier. Enten vil processen blive afsluttet uden overdragelse af målselskabet. Alternativt vil overdragelsen blive gennemført, hvilket medfører fundamentale ændringer i forhold til virksomhedens forretningshemmeligheder.

5.4.1 Forhandlinger afsluttes uden overdragelse

Såfremt parterne ikke kan nå til enighed, vil overdragelsen blive afsluttet uden gennemførelse. I dette tilfælde vil målselskabet og forretningshemmelighederne ikke skifte indehaver.

I forhold til køber er denne fortsat bundet af fortrolighedsforpligtelser. Det følger bl.a. af indgåede fortrolighedsaftaler, FHL og parternes gensidige loyalitetsforpligtelse. Parterne kan desuden have indgået en jobklausul, som begrænser købers mulighed for at ansætte målselskabets medarbejdere.

Fortrolighedsaftalers varighed vil i praksis strække sig ud over forhandlingerne¹⁶². I nogle tilfælde ses fortrolighedsaftaler at være gjort tidsubegrænsede. Oplysninger mister dog ofte med tiden deres fortrolige karakter eller relevans¹⁶³. Dette kan f.eks. ske ved at hemmeligheden opdages uafhængigt af andre erhvervsdrivende, og der herved vil blive tale om sædvanlig branchekendskab. Hvorvidt fortrolighedsaftaler kan påberåbes, efter de omhandlede oplysninger ikke længere er forretningshemmeligheder, er usikkert. Parterne har ganske vist aftalefrihed, men fortrolighedsaftalens formål vil sandsynligvis være udtømt. Hvis en given forretningshemmelighed derimod fortsat er fortrolig, må køber være bundet af fortrolighedsforpligtelsen på ubegrænset tid, hvis det fremgår af aftalen.

Beskyttelsen af forretningshemmeligheder i FHL gælder fortsat, efter overdragelsen opgives. Det følger bl.a. af, at der ikke er en begrænsning på det civilretlige ansvar i FHL. Teoretisk gælder beskyttelsen derfor evigt, så længe kravene til definitionen på forretningshemmeligheder i lovens § 2, nr. 1 opfyldes.¹⁶⁴ Køber forpligtes herved til at begrænse brug og videregivelse, indtil oplysningen ikke længere kan karakteriseres som forretningshemmelighed. Det samme kan udledes af forarbejder til FHL¹⁶⁵.

¹⁶² Hansen og Lundgren, 2014, side 149 og Gianelli, 2016, side 29.

¹⁶³ Hansen og Lundgren, 2014, side 149-150.

¹⁶⁴ Riis, 2018, side 474.

¹⁶⁵ LFF 2018/125, side 39.

Ved parternes gensidige loyalitetsforpligtelse forstås som nævnt en retsgrundsætning, som forpligter samarbejdende parter til i rimeligt omfang at tilgodese og varetage hinandens interesser. Den er antageligvis kommet til udtryk i FHL § 4, stk. 2, nr. 2 og 3 ved formuleringen enhver anden pligt til at undlade. Køber må således have en pligt til at varetage sælgers interesser ved ikke at bruge eller videregive de forretningshemmeligheder, som sælger har ladet køber erhverve kendskab til.

Såfremt sælger og køber har indgået en jobklausul, har den virkning under og efter forhandlingerne.¹⁶⁶ Anvendelse af konkurrencebegrænsende klausuler er reguleret i lov om ansættelsesklausuler¹⁶⁷ (AKL). For jobklausulers vedkommende er disse blevet gjort ulovlige, jf. AKL § 3. Undtagelsen hertil er dog i tilfælde af M&A, jf. lovens § 4.

Ved en jobklausul forstås bl.a. en aftale mellem virksomheder, som hindrer ansatte i at få arbejde i disse.¹⁶⁸ Aftalen mellem virksomhederne fungerer i praksis ved, at den ene virksomhed accepterer at afstå fra at ansætte den anden virksomheds medarbejdere. Dette kan være relevant i forbindelse med M&A, da køber under sin due diligence får indsigt i medarbejderne og deres ansættelsesvilkår.¹⁶⁹ Hvorvidt jobklausuler er relevante i forhold til forretningshemmeligheder er usikkert. Sælger får en vis sikkerhed ved, at målselskabets medarbejdere og deres knowhow bliver i målselskabet. Køber vil dog ikke kunne anvende potentiel specialviden. Dette følger forudsætningsvis af afgørelsen U 1975.1049, hvorefter specialviden anses for driftstekniske hemmeligheder.

Jobklausuler kan allerede indgås under forhandlingerne om M&A, jf. AKL § 4, stk. 1. Varigheden er begrænset til seks måneder, jf. AKL § 4, stk. 2. Tidsbegrænsningen efter bestemmelsens stk. 2 gælder, uanset om forhandlingerne munder ud i en faktisk overdragelse og starter senest ved forhandlingernes afslutning¹⁷⁰. Såfremt overdragelsen opgives, kan køber derfor være udelukket fra at ansætte målselskabets medarbejdere i indtil 6 måneder efter forhandlingernes ophør.

¹⁶⁶ Paulsen, 2016, side 75.

¹⁶⁷ Lov nr. 1565 af 15. december 2015

¹⁶⁸ Lovforslag nr. 25 af 7. oktober 2015 (LFF 2015/25), side 13.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Paulsen, 2016, side 75.

5.4.2 Forhandlinger afsluttes med overdragelse

Hvis parterne når til enighed om overdragelsesaftalens indhold, ændres deres retsstilling forholdsvis markant. Målselskabet skifter herved indehaver. Parternes nye retsstillinger og begrænsninger følger ligeledes af fortrolighedsaftaler, FHL, konkurrencebegrænsende aftaler og loyalitetsforpligtelsen.

a. Fortrolighedsaftaler og loyalitetsforpligtelsen

Efter overdragelsens gennemførelse vil hemmeligholdelse af forretningshemmelighederne i praksis være af begrænset betydning for sælger. Modsætningsvis vil køber have en udvidet interesse i, at disse ikke offentliggøres.¹⁷¹ Der indgås derfor ofte nye fortrolighedsaftaler i selve overdragelsesaftalen. Dette vil sædvanligvis være i forlængelse af, at sælger forpligtes efter en konkurrencebegrænsende aftale som f.eks. en konkurrence-, kunde- eller jobklausul.¹⁷²

I forhold til indgåelsen af en ny fortrolighedsaftale og den gensidige loyalitetsforpligtelse er retsstillingen den samme som ovenfor. FHL anerkender, at begrænsninger i brug og videregivelse i første række reguleres af aftaler. Det må dog antages, at parterne har en gensidig pligt til at begrænse brug og videregivelse pga. loyalitetsforpligtelsen.

b. FHL

Den mest åbenlyse ændring i retsstillingen mellem parterne er, at køber bliver ny forretningshemmelighedshaver, jf. FHL § 2, nr. 2. Herved forstås, at køber bliver den fysiske eller juridiske person, som lovligt kontrollerer forretningshemmeligheder. Dette følger af, at køber får kontrol over hemmelighederne og bliver den, der kan erhverve, bruge og videregive disse uden at krænke andres ret.

Modsætningsvis har sælger kendskab til forretningshemmelighederne. Sælger må ikke længere bruge eller videregive disse, da det kræver forretningshemmelighedshaverens samtykke, jf. FHL § 4, stk. 2. For så vidt angår sælgers potentielle iværksættelse af konkurrerende virksomhed, gennemgås aftalebegrænsninger inden for dette nedenfor. Indledningsvis skal det bemærkes, at sælger ikke må gøre brug af målselskabets forretningshemmeligheder i en potentiel ny virksomhed uden samtykke.

¹⁷¹ Hansen og Lundgren, 2014, side 150.

¹⁷² Ibid.

På baggrund af ordlyden af FHL § 3 vil sælger umiddelbart kunne genopdage forretningshemmelighederne ved hjælp af eksisterende viden. Den rådighed, der skabes på baggrund af sælgers kendskab til hemmelighederne, vil dog ikke være i overensstemmelse med FHL § 3, stk. 1, nr. 1. Det kan udledes af, at der nærmere er tale om brug end om erhvervelse. Sælger opdager ikke forretningshemmeligheden men bruger i stedet den viden, vedkommende allerede ligger inde med. Såfremt sælger gør brug af specialviden, anses dette for ulovlig brug af en forretningshemmelighed. Det kan udledes af dommen U.1975.1049 H. Al potentiel erhvervelse af forretningshemmeligheder skal være ved selvstændig opdagelse gennem undersøgelse, forsøg mv.

c. Jobklausuler

Som nævnt indgås der i praksis ofte konkurrencebegrænsende aftaler i den endelige overdragelsesaftale. I M&A er udgangspunktet aftalefrihed.¹⁷³ Det er derfor overladt til parterne at fastlægge de nærmere betingelser for aftalens gennemførelse. Køber benytter ofte denne mulighed for at pålægge sælger en konkurrence-, kunde- eller jobklausul.

Anvendelse af jobklausuler i tilfælde af overdragelsens gennemførelse adskiller sig fra den ovenfor anførte anvendelse. I dette tilfælde er det sælger, der forpligtes til ikke at ansætte medarbejderne fra målselskabet.

Klausulens varighed er begrænset til seks måneder fra tidspunktet for overdragelsen, jf. AKL § 4, stk. 3. Dette betyder i praksis fra dagen, hvor den endelige aftale underskrives.¹⁷⁴

Hvis overdragelsen gennemføres, ændres hensynet bag indgåelse af jobklausuler. I henhold til LFF 2015/25 skal køber have mulighed for at anvende de overdragne aktiver og ressourcer, og den tilstedeværende viden og knowhow¹⁷⁵.

Hensynet til købers anvendelse af viden og knowhow er herved til en vis grad tilgodeset i FHL. Det følger af, at viden og knowhow kan anses for forretningshemmeligheder i lovens forstand. I en overdragelsessituation vil brug af den viden og knowhow, målselskabets ansatte besidder, allerede være beskyttet, jf. FHL § 4, stk. 2.

¹⁷³ Gianelli, 2016, side 40.

¹⁷⁴ Paulsen, 2016, side 78.

¹⁷⁵ LFF 2015/25, side 13.

En del af beskyttelsen, der opnås ved jobklausuler, er, at sælger forbydes at kontakte og ansætte medarbejdere fra målselskabet. Selvom FHL medfører, at brug af viden og knowhow er ulovligt uden for målselskabet, forhindrer loven ikke sælger i at hverve målselskabets ansatte. Medarbejderes fratræden vil kunne betyde, at denne viden og knowhow ikke længere er fysisk til stede. Selvom målselskabet er indehaver af medarbejdernes viden, vil det antageligvis få negative konsekvenser, hvis nøglemedarbejderne opsiger på opfordring fra sælger.

På trods af at beskyttelseshensynet i FHL og AKL § 4 til dels er det samme, har FHL ikke overflødiggjort anvendelse af jobklausuler, da FHL ikke tilbyder en løsning men et supplement på området.

d. Konkurrence- og kundeklausuler

Foruden jobklausuler er det almindeligt, at sælger pålægges en konkurrence- eller kundeklausul i forbindelse med overdragelsen. Det primære hensyn er, at sælger er bekendt med målselskabets interne forhold og kunder¹⁷⁶. Udøvelse af konkurrerende virksomhed eller kontakt til tidligere kunder kan derfor få store konkurrencemæssige konsekvenser for målselskabet. Anvendelse af konkurrence- og kundeklausuler i M&A adskiller sig dog fra sædvanlige ansættelsesklausuler. Dette skyldes, at klausuler mellem erhvervsdrivende ikke er reguleret i AKL.

I forbindelse med M&A anses konkurrencebegrænsende klausuler mellem køber og sælger for at være accessoriske begrænsninger. Herved forstås konkurrencebegrænsninger, som er en integreret del af overdragelsen.¹⁷⁷ Anvendelse og begrænsninger af konkurrence- og kundeklausuler i M&A-transaktioner reguleres i en kommissionsmeddelelse fra EU-kommissionen¹⁷⁸. Af meddelelsen fremgår bl.a., at formålet med en konkurrence- eller kundeklausul er, at køber skal have mulighed for at opnå den fulde værdi af de overdragne aktiver, vinde kundernes loyalitet og udnytte den overdragne knowhow¹⁷⁹.

Inden for M&A kan konkurrence- og kundeklausuler have en varighed på op til 3 år¹⁸⁰. Klausulen må desuden kun omfatte de geografiske områder, hvor målselskabet er aktivt, og må kun omfatte de

¹⁷⁶ Gianelli, 2016, side 265.

¹⁷⁷ Hansen og Lundgren, 2014, side 576.

¹⁷⁸ Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelse af fusioner (Kommissionsmeddelelsen).

¹⁷⁹ Kommissionsmeddelelsen, kap. 3, afsnit A, nr. 18.

¹⁸⁰ Ibid, nr. 20.

produkter og/eller tjenesteydelser, som målselskabet tilbyder¹⁸¹. Disse begrænsninger er ligeledes tiltrådt i den juridiske litteratur¹⁸².

Som nævnt er hensynet med konkurrence- og kundeklausuler, at sælger ikke må bruge sin viden om målselskabet og dets kunder. Målselskabets interne forhold og kunder kan dog antageligvis beskyttes som forretningshemmeligheder, hvilket forhindrer sælger i at gøre brug af sin viden. Forudsætningen, for at sælgers brug af eksisterende viden kan anses for ulovlig, er, at sælgers viden opfylder betingelserne i FHL § 2, nr. 1. Dette medfører et problem, for så vidt angår målselskabets kunder. Hvis sælgers viden om kunderne er skabt på baggrund af egne markedsundersøgelser, som udarbejdes efter overdragelsens gennemførelse, vil kontakten ikke være ulovlig. Det skyldes, at forretningshemmeligheden er erhvervet ved uafhængig skabelse, jf. FHL § 3, stk. 1, nr. 1. Det samme er tilfældet, hvis oplysninger om kunderne er almen viden på markedet.

På trods af at FHL giver beskyttelse mod ulovlig brug af forretningshemmeligheder, er det anbefalelsesværdigt, at der fortsat indgås konkurrence- og kundeklausuler. FHL indeholder ikke et forbud mod konkurrerende virksomhed generelt. Indgåelsen af konkurrencebegrænsende klausuler giver køber en beskyttelse på et mere objektivt grundlag. Der efterlades ikke mulighed for konkrete vurderinger men nedlægges i stedet et overordnet forbud mod udøvelse af konkurrence og henvendelse til tidligere kunder.

5.5 Delkonklusion

Fortrolighed har både spillet en central rolle i forbindelse med M&A før og efter vedtagelsen af FHL. Det kommer især til udtryk ved, at de involverede parter bør være opmærksomme på fortrolighed, før der er oprettet kontakt imellem dem, og længe efter overdragelsen er afsluttet.

Det er overvejende sandsynligt, at FHL har ændret på de hensyn, som parterne skal tage højde for i et M&A-forløb. De overvejelser, der ligger bag kontraktlig fortrolighedsbeskyttelse, har ændret sig. Det kan ikke udelukkes, at FHL giver en tilstrækkelig grundlæggende beskyttelse mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse af forretningshemmeligheder. En udfasning af fortrolighedsaftaler i M&A er dog usandsynlig, da der er tale om en sædvane på området. Når parterne i opstartsfasen skal udveksle aftaler om begrænset videregivelse til rådgivere og interne

¹⁸¹ Kommissionsmeddelelsen, kap. 3, afsnit A, nr. 22 og 23.

¹⁸² Hansen og Lundgren, 2014, side 577 og Gianelli, 2016, side 265.

medarbejdere, må sælger forventes at ville udforme disse som fortrolighedsaftaler. Der må antageligvis være en interesse fra sælgers side i at helgardere sig.

For så vidt angår købers due diligence er retsstillingen ændret. At FHL ikke sonderer mellem rådighed og kendskab kan til en vis grad skabe problemer på området. Hvorvidt dette kan løses ved at pålægge køber en pligt til at begrænse erhvervelse efter FHL § 3, stk. 1, nr. 2 er uvist. I sidste ende må spørgsmålet stå åbent hen, indtil der foreligger praksis på området. På baggrund af parternes aftalefrihed er det sandsynligt, at der kan indgås en aftale, som fastlægger rammerne for købers brug og videregivelse, ligesom fortrolighedsaftaler i praksis hidtil har gjort.

Efter M&A-processen er afsluttet, er retsstillingen i hovedtræk den samme, uanset om forholdet reguleres af FHL eller MFL § 23. Med forpligtelsen til at begrænse brug og videregivelse, når en skriftlig eller enhver anden pligt fordrer det, er parternes gensidige pligt til at handle loyalt med hinanden blevet sat på spidsen. FHL yder dog ikke en beskyttelse, som kan erstatte konkurrencebegrænsende aftaler. I praksis vil der sandsynligvis ikke være den store ændring i anvendelsen af disse aftaler.

6. Konklusion

Den tidligere beskyttelse af erhvervshemmeligheder i MFL § 23 var kendetegnet ved at omfatte kommercielle og driftstekniske forhold, som havde relevans for et selskabs konkurrencedygtighed. Beskyttelsen omfattede ikke solgte produkter eller generel faglig viden og skulle ikke forstås som en enerettighed. Bestemmelsen rettede sig mod personer med erhvervsmæssig tilknytning til selskabet og gjorde desuden hæleri med tilegnede erhvervshemmeligheder ulovlig. Tekniske tegninger, beskrivelser, modeller mv. var ligeledes beskyttede mod ubeføjet benyttelse og videregivelse.

Med implementeringen af direktiv 2016/943 blev MFL § 23 ophævet og erstattet af FHL. Dette ændrede dog ikke beskyttelsen betydeligt. Af bemærkningerne til FHL fremgår, at forretningshemmeligheder skal forstås i overensstemmelse med begrebet erhvervshemmeligheder efter MFL § 23. Selvom ordlyden af FHL ikke begrænser anvendelsen til ansatte, samarbejdspartnere og andre med lovligt ophold på virksomheden, er dette alligevel blevet gjort gældende i

forarbejderne. Hvad angår begreberne erhvervelse, brug og videregivelse, er disse blevet tillagt samme betydning, som kendskab, rådighed, brug og videregivelse efter MFL § 23.

Vedtagelsen af FHL har dog givet et mere defineret retsgrundlag. Den lovbestemte definition af forretningshemmeligheder sikrer en retlig standard for fremtidige tvister. Det må desuden anerkendes, at de lovhjemlede regler for lovlig erhvervelse, brug og videregivelse muligvis skaber mere klarhed på området. Der er ligeledes sket en ændring i systematikken, som ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse bliver behandlet efter. MFL § 23 udtrykte sig i mere generelle vendinger, hvorimod FHL er mere fokuseret på selve overtrædelsen. FHL giver dog råderum til konkrete vurderinger. Det ses bl.a. ved, at sondringen mellem lovlig og ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse ikke er udtømmende, hvilket kommer til udtryk ved vurderingsbestemmelserne i §§ 3, stk. 1, nr. 4 og 4, stk. 1, nr. 2.

For så vidt angår anvendelse af FHL ved M&A, er retsstillingen på området ligeledes ikke markant ændret. Fortrolighed er fortsat et punkt, som de involverede parter bør være opmærksomme på. FHL har medført, at overvejelserne bag indgåelse af fortrolighedsaftaler ikke nødvendigvis er de samme. Med beskyttelsen i FHL § 4, stk. 2, nr. 2 og 3 er fortrolighedsaftaler ikke en forudsætning for hemmeligholdelse, da enhver anden pligt ligeledes kan forpligte til fortrolighed. Dette var dog ligeledes tilfældet med MFL § 23. Det særegne ved FHL § 4, stk. 2, nr. 2 og 3 er, at parternes gensidige loyalitetsforpligtelse kommer i centrum. Herved er beskyttelsen blevet mere udtalt i forhold til den, der fulgte af MFL § 23.

Ved købers due diligence er der en vis gråzone i FHL. Det skyldes, at MFL § 23 sondrede mellem kendskab og rådighed, hvorimod FHL har samlet disse begreber under benævnelsen erhvervelse. Det er sandsynligt, at dette i praksis kan imødegås ved aftaleindgåelse. I sidste ende kan spørgsmålet ikke besvares endeligt, før der foreligger retspraksis eller andet fortolkningsbidrag på området.

Anvendelsen af konkurrencebegrænsende aftaler og fortrolighedserklæringer efter overdragelsen er fortsat relevant. FHL sikrer fortrolighed, men de øvrige formål og hensyn er fortsat til stede. Fortrolighed efter FHL er desuden betinget af, at en oplysning opfylder lovens § 2, nr. 1, eller at parterne aftaler dette. Uanset bør parter i M&A fortsat være årvågne omkring fortrolighed i processen.

Overordnet set er de materielle forskelle mellem MFL § 23 og FHL svære at spore. Dette kan i høj grad tilbageføres til, at retsstillingen efter MFL § 23 er blevet videreført direkte i FHL. Det må dog erindres, at formålet med direktiv 2016/943 er at skabe en ensformig beskyttelse i EU. Der har således ikke været nogen ambition om at skærpe beskyttelsen på området men at harmonere den.

7. Litteraturliste

Dansk lovgivning:

- Lov nr. 1565 af 15. december 2015 om Ansættelsesklausuler.
- Lov nr. 297 af 14. juni 1974 om Markedsføring.
- Lov nr. 309 af 25. april 2018 om Forretningshemmeligheder.
- Lov nr. 426 af 3. maj 2017 om Markedsføring.
- Lov nr. 98 af 29. marts 1924 om uretmæssig konkurrence og varebetegnelse, jf. lovbekendtgørelse nr. 145 af 1. maj 1959.

Dansk retspraksis:

- Højesterets dom af 1. april 1974 (U.1974.463 H).
- Højesterets dom af 11. juni 1980 (U.1980.717 H).
- Højesterets dom af 20. oktober 1975 (U.1975.1049 H).
- Højesterets dom af 26. januar 2006 (U.2006.1209 H).
- Højesterets dom af 26. januar 2012 (U.2012.1206 H).
- SØ- og Handelsrettens dom af 3. marts 2004 (U.2004.1614 S).
- SØ- og Handelsrettens dom af 3. oktober 1985 (U.1986.268 S).
- SØ- og Handelsrettens dom af 22. december 1977 (U.1978.305 S).
- Østre Landsrets dom af 3. september 1996 (U.1996.1514 Ø).
- Østre Landsrets kendelse af 27. september 2007 (U.2008.100 Ø).

Retskilder fra EU:

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2016/943 af 8. juni 2016 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse.
- Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelse af fusioner (2005/C 56/03).
- Traktaten for Europæiske Unions Funktionsmåde (C 326/49).

Forarbejder:

- Betænkning nr. 416 af 1966 angående en ny Konkurrencelov.
- Betænkning nr. 681 af 1973 om Markedsføring, Forbrugerombudsmand og Forbrugerklagenævn.
- Betænkning nr. 1236 af 1992 om ny Markedsføringslov.
- Lovforslag af 17. november 1971 til Lov om Ændring af borgerlig Straffelov, af Lov om ikrafttræden af borgerlig Straffelov m.m., af Lov om Rettens Pleje og af Lov om uretmæssig Konkurrence og Varebetegnelse.
- Lovforslag nr. 120 af 8. marts 1974 til Lov om Markedsføring.
- Lovforslag nr. 125 af 10. januar 2018 til Lov om Forretningshemmeligheder.
- Lovforslag nr. 25 af 7. oktober 2015 til Lov om Ansættelsesklausuler.
- Lovforslag nr. 40 af 12. oktober 2016 til Lov om Markedsføring.

Juridiske artikler:

- Riis, Thomas m.fl.: Den nye danske lov om forretningshemmeligheder. I: *Nordisk Immaterielt Rättsskydd nr. 4*, 2018, s. 464.

Juridisk litteratur:

- Andersen, Lars Svenning m.fl.: *Funktionærret*. 5. udg. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2016.
- Andersen, Mads Bryde og Joseph Lookofsky: *Lærebog i obligationsret*. Bind I. 4. udg. Karnov Group Denmark A/S, 2015.
- Andersen, Mads Bryde: *Ret og Metode*. 1. udg. Gads Forlag, 2002.
- Borchert, Erling og Frank Bøgild: *Markedsføringsloven*. 3. udg. Karnov Group A/S, 2013.
- Gianelli, Karsten m.fl.: *Køb og Salg af Virksomheder*. 1. udg. Karnov Group Denmark A/S, 2016.
- Gomard, Bernhard m.fl.: *Almindelig kontraktsret*. 4. udg. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2012.
- Hansen, Johannus Egholm og Christian Lundgren: *Køb og Salg af Virksomheder*. 5. udg. Nyt Juridisk Forlag, 2014.

- Heide-Jørgensen, Caroline: *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret*. 3. udg. Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2017.
- Kocktvedgaard, Mogens: *Immaterialretsdimensioner*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1965.
- Madsen, Palle Bo: *Markedsret Del 2*, 6. udg., Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2015.
- Paulsen, Jens: *Ansættelsesklausuler*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016.
- Tvarnø, Christina og Sarah Maria Denta: *Få styr på metoden*. Ex Tuto Publishing A/S, 2015.