



LABORA

LEGAL

Ansattes konkurrencehandling
- hvor går grænsen?

Indledning

- Relevante regler

- Ansættelsesretlige loyalitets- og tavshedspligt
- Lov om forretningshemmeligheder
- Markedsføringslovens § 3 (god markedsføringskik), §§ 5 og 20 – 21 (miskreditering), og § 22 (forretningskendetegn m.v.)
- Ansættelsesklausuloven (konkurrence- og kundeklausuler)
- Persondataforordningen (sikkerhedsbrud – artikel 32 - 34)
- Eneretslovgivningen (ophavsret-, varemærke-, patentloven m.v.)
- Aftalebaserede loyalitets- og tavshedsforpligtelser (NDA m.v.)
- Særlovbestemte loyalitets- og tavshedsforpligtelser (selskabslovens § 132, LFV § 117, høringspligtslovens § 7, VPL § 36 m.v.)
- Straffelovens §§ 263, 264 og 264 c, 299 a m.fl.

Ansættelsesretlige loyalitets- og tavshedspligt

- Generelt: forbud mod konkurrencehandlinger
 - Sondring: **forberedelseshandlinger vs. konkurrencehandlinger**
 - Forberedelse af ansættelse i konkurrerende virksomhed vs. forberedelse af selvstændig konkurrerende virksomhed

jf. fx ØLD 18. oktober 2017 (8, B-2440-16) (forretningsplanen), ØLD af 30. maj 2017 (8, B-1586-16) (stiftet selskab og hvervet ikke-nøglemedarbejder) ØLD af 7. marts 2017 (18, B-1143-16) (cykeldesigneren – kontakt til freelancedesigner og leverandører/samarbejdspartnere og én kunde), VLD af 26. oktober 2016 (15, B-0615-16) (maskinmesteren)

Ansættelsesretlige loyalitets- og tavshedspligt

- Særlige spørgsmål

- Oplysningspligt ved forberedelsehandlinger?
- Betydning af kollektive opsigelser?
 - Koordineret - langt varsel (U1991.378H, Maltcentralen)
 - Påvirkning af andre ansatte (hvervning)

Markedsføringslovens § 3 – god markedsføringsetik

- **Anvendelsesområde**

- Territoriale anvendelsesområde
- Kredsen af forpligtede (erhvervsdrivende, medarbejdere?, jf. U 2012.1215 H (Walraven) – men også U 2015.837 V (Wind Blades – set igennem formelle ejer- og registreringsforhold)
- Kredsen af beskyttede (tidligere arbejdsgiver)

Markedsføringslovens § 3 – god markedsføringsetik

- Retspraksis – sagstyper

- Kapring af kunder og forretningsforbindelser
 - Direkte og selektive kundehenvendelser vs. generel/almindelig bearbejdning af markedet, jf. fx **VLD 4/5-2018 (B-1341-17) (revisoren)**
- Produkt-/konceptefterligninger
- Kollektive stillingskift (kollektive anslag), jf. fx U 2006.2835 Ø (Banken) og U 2008.1696 S (Zenflora)
 - Kollektive opsigelser (skærpende omstændighed)
 - Rekruttering/hvervning af ansatte (element af utilbørlighed fx udnytter illoyalitet eller udnytter eller tilskynder til brug af forretningshemmeligheder mv. og anslag af substans/betydning for konkurrenceevne)

Lov om forretningshemmeligheder

- Lov nr. 309 af 25. april 2018 om forretningshemmeligheder
- Loven træder i kraft den 9. juni 2018
- Samtidig ophæves §§ 23 og 37, stk. 5 i markedsføringsloven (lov nr. 426 af 3. maj 2017)
- Loven implementerer **direktivnært** Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2016/943/EU af 8. juni 2016 om beskyttelse af fortrolig viden og knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse (EU-Tidende 2016, nr. L 157/1, side 1)

Indledning

- Historik og tilblivelse – **lov om forretningshemmeligheder**
 - 1912-KRL § 12: *”Den der forsætligt eller ved grov uagtsomhed giver eller benytter Meddelelsen om Forretnings- eller Driftshemmeligheder, erhvervede på Grund af et kontraktligt Tillidsforhold, anses med Bøder indtil 4,000 kr. under skærpende omstændigheder med simpelt Fængsel indtil 6 måneder”*
 - Siden: 1937-KRL § 11, 1974-MFL § 9, 1994-MFL §10, 2005-MFL § 19, 2017-MFL § 23 – og nu lov om forretningshemmeligheder
 - NB: Ansættelseskontrakter, opsigelsesbreve – og andre breve

Anvendelsesområde §§ 1 og 2

Anvendelsesområde

- Definition af den **"krænkende part"** (§ 2, nr. 3): *"Enhver juridisk person, som lovligt kontrollerer en forretningshemmelighed"*
- Tidligere MFL 23: *"i tjeneste- eller samarbejdsforhold til en virksomhed eller udfører et hverv for denne"* (stk. 1 og 2) samt *"andre personer, der har lovlig adgang til virksomheden"*
- Civilretligt dækker loven både personer **med og uden** tilknytningsforhold – hvori loven strafferetligt (§ 18) kun regulerer personer med tilknytningsforhold

Anvendelsesområde §§ 1 og 2

”Forretningshemmelighed” - definition

§ 2.

1) *Forretningshemmelighed*: Oplysninger der er

- a) er hemmelige i den forstand, at de *ikke* i deres helhed eller i den præcise udformning eller sammensætning er *almindeligt kendt eller umiddelbart tilgængelige* for personer i kredse, der normalt beskæftiger sig med den pågældende type oplysninger
- b) har *handelsværdi* fordi de er hemmelige
- c) under de givne omstændigheder er blevet *underkastet rimelige foranstaltninger* til hemmeligholdelse af den person, som lovligt kontrollerer oplysningerne

Anvendelsesområde §§ 1 og 2

”Forretningshemmelighed”

- Lovforslag med bemærkninger side 25:

”Kravene til, hvornår der er i dag efter markedsføringsloven er tale om en erhvervshemmelighed, svarer dermed til direktivets definition af ”forretningshemmeligheder”. Som følger heraf, er det heller ikke nødvendigt at ændre begrebet ”erhvervshemmeligheder” i straffeloven.”

”Forretningshemmelighed”

- Tidligere retspraksis – MFL § 23

- Almindelig brancheindsigt og generel erhvervserfaring eller uddannelse vs. virksomhedens (beskyttede) viden og knowhow, jf. bl.a. U 2006.1209 H (Niro – ”hvad der kan ligge hovedet”)
- Søgning på nettet? Andre offentligt tilgængelige kilder?
- Kunder og forretningsforbindelser? Linked-In?, jf. fx ØLD 11/4-2008 (3, B-1506-07) (3C Telecom – kundehenvendelser i strid med MFL § 19, da kunderne ikke var almindeligt kendte) – se dog også SHD 18. november 2008 (V-12-04) (vakuumtoiletter – almindeligt kendskab til markedet var tilstrækkeligt til at finde kundeemner)

”Forretningshemmelighed”

○ Tidligere retspraksis – MFL § 23

- Lagt ud til andre, jf. fx SHD 24/9-2002 (V-0051-00) (skadedyr – kundekompendie og serviceaftale var bestemt til kunder) og U 2012.1215 H (Walraven) (oplysninger kunne hidrøre fra kunden)
- Selv behandlet som fortrolige (begrænset kreds underlagt tavshedsforpligtelser, arbejdspladsens indretning og opbevaringen af oplysningerne, sikkerhedsforanstaltninger m.v.)
- Konkret (beskyttelsesværdig) karakter, jf. fx U 2015.1525 H (RICC – private mails - frisprog)
- Ikke afgørende hvilken form eller medie oplysningen bevares i
- Ingen krav til nyheds- eller aktualitetsværdi (men markedsværdi)
- Løn- og ansættelsesvilkår U 2006.2835 Ø (Banken – ”meddelt oplysninger, at [...] i stand til at [...] give [...] attraktivt tilbud”)
- **Tidsinteressen:** Beskyttelse af tid og investering (U 2012.1543 V) (Hjem-Is)

Lovlige handlinger (§ 3)

- Erhvervelse - "**Lovlige handlinger**" (§ 3, stk. 1)
 - *"uafhængig opdagelse eller skabelse"* (nr. 1)
 - *"observation, undersøgelse, demontering eller test af et produkt eller en genstand, som offentligheden har fået kendskab til, og hvor personen ikke er bundet af nogen juridisk gyldig forpligtelse til at begrænse erhvervelsen af forretningshemmeligheden"* (**reverse engineering**) (nr. 2)
 - udøvelse af ret til information og høring (nr. 3)
 - *"enhver anden praksis, som under de givne omstændigheder er i overensstemmelse med redelig erhvervspraksis"* (nr. 4)

Ulovlige handlinger (§ 4)

- **Erhvervelse** af forretningshemmelighed uden samtykke betragtes som en **ulovlig** handling (§ 4, stk. 1), hvis erhvervet ved
 - ”**uautoriseret** adgang til, tilegnelse af eller kopiering af dokumenter, genstande, materialer, stoffer eller elektroniske filer, der **lovligt kontrolleres** af forretningshemmelighedshaveren, og som indeholder en forretningshemmelighed, eller som en forretningshemmelighed kan udledes af” (nr. 1) eller
 - ”enhver anden adfærd, der under de givne omstændigheder betragtes som i strid med **redelig erhvervspraksis**” (nr. 2)

Ulovlige handlinger (§ 4)

”ulovlig handling”

- Lovforslag med bemærkninger side 24:

”Markedsføringslovens § 23 forbyder i stk. 1, det utilbørlige kendskab til eller rådighed over virksomhedens erhvervshemmeligheder – som svarer til direktivets ”erhvervelse” [...]”

Ulovlige handlinger (§ 4)

Erhvervelse (§ 4, stk. 1)

- ”*uautoriseret adgang til, tilegnelse af eller kopiering*” (§ 4, stk. 1, nr. 1)
 - Bemærkningerne side 22:
 - Den dagældende tidsfrist i MFL § 23, stk. 2 på 3 år videreføres ikke (uforeneligt med direktivet) – 3-års grænsen gjaldt tidligere strafferetligt (men ikke civilretligt)

Ulovlige handlinger (§ 4)

Erhvervelse (§ 4, stk. 1)

- MFL § 23, stk. 1 "utilbørlig tilegnelse" – **tidligere praksis:**
 - Tilstrækkeligt med enten rådighed over eller kendskab til (fx elektronisk lagring) – ikke et krav, at den bliver brugt
 - Fx medarbejderen, der i en opsigelsessituation overfører forretningshemmeligheder til en USB/CD-rom/skybaserede produkter eller sender en mail til privat e-mailkonto uden samtykke og uden at det er til arbejdsbrug, jf. U 2015.837 V (Total Wind Blades) og U 2016.700 H (Eurogum)

Ulovlige handlinger (§ 4)

Brug eller videregivelse (§ 4, stk. 2)

- **Brug eller videregivelse** af en forretningshemmelighed uden samtykke betragtes som en ulovlig handling (§ 4, stk. 2), hvis forretningshemmeligheden bruges/videregives af en person, der har
 - ”erhvervet forretningshemmeligheden ulovligt” (nr. 1) eller
 - ”**misligholdt en fortrolighedsaftale** eller en hver anden pligt til at undlade at videregive forretningshemmeligheden” (nr. 2) eller
 - ”**misligholdt en kontraktlig forpligtelse** eller enhver anden pligt til at begrænse forretningshemmelighedens brug” (nr. 3)

Ulovlige handlinger (§ 4)

Brug eller videregivelse (§ 4, stk. 2)

- Lovforslag med bemærkninger side 24:

"[...] i markedsføringslovens § 23, stk. 2, forbydes det ubeføjet at viderebringe eller benytte sådanne hemmeligheder. Dette svarer til direktivets formulering om "brug og videregivelse"

Ulovlige handlinger (§ 4)

- ”*brug eller videregivelse uden samtykke*” (§ 4, stk. 2)

Bemærkningerne side 83:

- Er der givet tilladelse til at bruge eller videregive forretningshemmeligheden eller brug/videregivelse er **nødvendig del af arbejdet**, falder forholdet udenfor bestemmelsens område.
- Bestemmelsen rammer fx ansatte og samarbejdende personer, der viderebringer virksomhedens hemmeligheder til **konkurrenter** – men det er ikke et krav, at det er i konkurrenceøjemed

Ulovlige handlinger § 4

Brug eller videregivelse (§ 4, stk. 2)

- MFL § 23, stk. 1 "ubeføjet viderebringe eller benytte" – tidligere praksis:
 - Se fx ØLK 24/2-1998 (10, -2066-97) (Verus – viderebringelse af markedsanalyser, salgsmængder, priskalkyler, formler for produktsammensætning – "brugt" til parallelregistrering)

Ulovlige handlinger (§ 4)

- **Hæleri** (§ 4, stk. 3)

- Hæleribestemmelse
- Hvis god tro hos personen – ingen overtrædelse
- Praksis efter tidligere MFL § 23, stk. 5:

Næppe udgangspunktet, at en virksomhed, der ansætter en medarbejder, er ansvarlig for, at hindre at den pågældende medarbejder benytter sig af forretningshemmeligheder fra den tidligere arbejdsgiver – ret til at formode, at medarbejderen overholder reglerne – men en undersøgelses-/reaktions pligt, hvis arten og karakteren af oplysninger giver næring hertil (afgørende: ond tro/aktivt medvirket/tilskyndet/draget nytte)

Ulovlige handlinger (§ 4)

”ulovlig handling”

- Lovforslag med bemærkninger side 26:

Samlet set er den forbudte adfærd i direktivets artikel 4 allerede indeholdt i dansk rets beskrivelse af ulovlige handlinger – dvs. både i markedsføringslovens §§ 3, stk. 1, 4 og 23 – idet disse bestemmelser har til formål at hindre uretmæssig tilegnelse, brug og videregivelse af den fortrolige information” [...]

Den foreslåede bestemmelse omfatter den situation, at en person, der i anledning af udførelsen af sit arbejde eller i øvrigt i erhvervsøjemed er blevet betroet tekniske tegninger [...] ikke ubeføjet må benytte dette. Dermed videreføres [MFL § 23, stk. 4]

Bestemmelsen [§ 4] medfører derfor i praksis overordnet ikke en materiel ændring i forhold til gældende dansk ret [...]



Undtagelse (§ 5)

Undtagelse til sanktionsskridt - erhvervelse/brug/videregivelse (§ 5)

- En anmodning om foranstaltninger, procedurer og retsmidler skal afvises, hvis
 - erhvervelse, brug eller videregivelse sker for at udøve retten til **informations- og ytringsfrihed** (nr. 1), *eller*
 - erhvervelse, brug eller videregivelse sker for af dække forseelser, uregelmæssigheder eller ulovlige aktiviteter – og sagsøgte handlede for at **beskytte almene offentlige interesser** (nr. 2), *eller*
 - ansattes videregivelse af forretningshemmeligheden til deres **repræsentanter** til retmæssig varetagelse af opgaver (nr. 3)

Undtagelse (§ 5)

Undtagelse til sanktionsskridt - erhvervelse/brug/videregivelse (§ 5)

- Arbejdstageres videregivelse af forretningshemmeligheden til deres **repræsentanter er undtaget** – når retmæssig varetagelse af opgaver og når videregivelsen er **nødvendig** for varetagelsen af opgaven

Bemærkningerne side 13:

- Fx hvis en arbejdstager ønsker at **håndhæve en bestemmelse**, hvorefter den pågældende har krav på en bonus, hvilket kun kan ske, hvis den pågældende videregiver forretningshemmeligheder til sin advokat og den relevante retsinstans, *eller*
- Fx den situation, hvor en arbejdstager skal **forsvare sig mod anklager** fremsat af den pågældende arbejdsgiver, hvilket kun er muligt, hvis den pågældende omtaler forretningshemmeligheder for sin advokat og den relevante retsinstans



Undtagelse (§ 5)

Undtagelse til sanktionsskridt - erhvervelse/brug/videregivelse (§ 5)

- **Bevisbyrden** – bemærkningerne side 29
 - Da der er tale om en undtagelsesbestemmelse til ulovlig videregivelse af forretningshemmeligheder, påhviler det sagsøgte (krænkeren), at bevise at undtagelse i § 5 er gældende

Processuelle forhold/retsmidler

- Processuelle forhold
 - beskyttelse under retssag (§ 6)
 - forbud/påbud (§§ 8 - 11)
 - foranstaltninger ved dom (§§ 12 og 13)
 - søgsmål – frister (§ 14)

Sanktioner

- Sanktioner
 - erstatning (§ 15)
 - tvangsbøder (§ 16)
 - offentliggørelse (§ 17)
 - straf (§ 18)

Midlertidige afgørelser – forbud og påbud (§ 8)

- **Forbud og påbud** kan nedlægges efter forretningshemmeligheds-
haverens begæring, jf. RPL kap. 40 - med de ændringer der fremgår af §
8, stk. 2 og 4 (særbestemmelser møntet på forretningshemmeligheder)
 - § 8, stk. 2 – en part der anmoder om forbud eller påbud skal
godtgøre eller sandsynliggøre
 - at der foreligger en forretningshemmelighed (nr. 1), og
 - at sagsøgeren er forretningshemmelighederen (nr. 2), og
 - at forretningshemmeligheden (nr. 3)
 - er erhvervet ulovligt, eller
 - bruges eller videregives ulovligt, eller
 - umiddelbar risiko for ulovlig erhvervelse, brug eller
videregivelse af forretningshemmeligheden

Midlertidige afgørelser – forbud og påbud (§ 8)

- § 8, stk. 4 – Retten kan **ophæve forbud eller påbud**, hvis oplysningerne ikke længere har karakter af forretningshemmelighed, jf. § 2, nr. 1 – og det skyldes årsager, der ikke kan tilregnes sagsøgte (eller af grundene nævnt i RPL § 426, stk. 2, nr. 2 og stk. 3, dvs. den part der har opnået forbud/påbud forhaler sagen eller når afgørelse ved udenlandsk retsinstant er endelig)

Erstatning (§ 15)

Erstatning

- Den der forsætligt eller uagtsomt har foretaget ulovlig handling skal **erstatte** den skade som forretningshjemmelighaveren har lidt (§ 15, stk. 1)
- Erstatningens størrelse fastsættes bl.a. på baggrund af **tab af fortjeneste** og den krænkede parts **uberettigede fortjeneste** (§ 15, stk. 2) - bemærkningerne s. 101: ikke begge dele, men adgang til friere vurdering
- Erstatningen kan fastsættes til et beløb, som mindst svarer til et **rimeligt vederlag** for udnyttelsen af forretningshjemmeligheden (§ 15, stk. 3) - bemærkningerne s. 101: udgangspunkt i licensafgift

Erstatning (§ 15)

- Udover erstatning kan fastsættes **godtgørelse** for ikke-økonomisk skade (15, stk. 4) – nyskabelse – vægt på økonomisk fordel og ulempe – muligvis inspiration i tidl. praksis om erstatning for ”markedsforstyrrelse”
 - Bemærkningerne side 64-65: størrelsen af de gebyrer eller afgifter som den krænkende part skulle have betalt ved tilladelse – formålet er at undgå at krænkeren kan opnå fordel – dog ikke hensigten at pønalt element, men at sikre ”erstatning på objektivt grundlag”
 - Bemærkningerne side 102: sikre effektivitet/afskrækkende virkning

