

MONIA FLEISCHER BEN SOLTANE

FORRETNINGS- HEMMELIGHEDENS RETSVÆRN

Forandring, forankring og
fremtidsperspektiver

Forretningshemmelighedens
retsværn

Monia Fleischer Ben Soltane

Forretningshemmelighedens retsværn

– forandring, forankring
og fremtidsperspektiver



Djøf Forlag
2021

Monia Fleischer Ben Soltane
Forretningshemmelighedens retsværn – forandring, forankring og fremtidsperspektiver

1. udgave, 1. oplag

© 2021 by Djøf Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Marianne Tingkov
Tryk: Clemensstrykkeriet, Viborg

Printed in Denmark 2021

ISBN 978-87-574-5126-9
ebog ISBN 978-87-7198-564-1

Tak til
Det Finneske Legat
og Dreyers Fond



DREYERSFOND

for støtte ved udgivelsen

Djøf Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Indholdsfortegnelse

Forord	13
Del 1. Indledning	15
1.1 Introduktion til emnet »forretningshemmeligheder«	15
1.2 Den retlige kontekst og udvikling	30
1.3 Emnets forskningsmæssige interesse	37
1.4 Formål	45
1.5 Forskningsspørgsmål	45
1.5.1 Betydningen af overgang fra ren national regulering til nu EU-harmoniseret retsområde	45
1.5.1 a Retsbeskyttelsens bagvedliggende hensyns- afvejning og balance – et fokusskift?	46
1.5.1 b Retsbeskyttelsens genstand og rækkevidde – samt grænser?	47
1.5.1 c Retsbeskyttelsens egnethed i lyset af dets formål	52
1.6 Metode	54
1.6.1 Retsdogmatisk metode	54
1.6.2 EU-retlige metodiske overvejelser	57
1.6.3 EU-charteret, EMRK og grundloven	60
1.6.4 Internationale og komparative perspektiver	66
1.6.5 De lege ferenda	71
1.7 Afgrænsning	72
1.8 Begrebsafklaring – Drifts-, erhvervs- og/eller forretningshemmelighed?	76
1.9 Afhandlingens opbygning	79
Del 2. Fundamentet for forretningshemmelighedens retsbeskyttelse	83
2.1 Fundamentet for forretningshemmelighedens retsbeskyttelse	83
2.2 Raison d'être	87
2.2.1 Hvorfor beskyttes forretningshemmeligheden? Den traditionelle nationale tilgang	89

Indholdsfortegnelse

2.2.1 a	»Tillidsmoment« og berigelseshensyn	89
2.2.1 b	Incitamentensyn	92
2.2.2	Hvorfor beskyttes forretningshjemmeligheden? Direktivet om forretningshjemmeligheder	93
2.2.2 a	Incitamentensyn	93
2.2.2 b	»Tillidsmoment«?	95
2.2.2 c	Sammenfatning	96
2.3	Den retlige karakter – er forretningshjemmeligheder IP-retigheder?	96
2.3.1	En klassisk diskussion	98
2.3.2	Et komparativt overblik	102
2.3.3	Mulige årsager bag diskussionens opståen	105
2.3.4	Den europæiske »afklaring«?	110
2.3.5	Hvorfor spørgsmålet om retlig karakter (potentielt) har praktisk betydning	118
2.3.5 a	Grundrettigheder: EU's Charter art. 17 og EMRK TP 1	119
2.3.5 b	Processuelt; Rom II og Retshåndhævelsesdirektivet	120
2.3.5 c	Sammenfatning	124
2.4	Retsværnets bagvedliggende beskyttelseshensyn – afvejning og balance	125
2.4.1	Erhvervslivet	129
2.4.2	Arbejdstager	132
2.4.3	Grund- og frihedsrettigheder	135
2.4.4	Effektiv konkurrence og et velfungerende (indre) marked	139
2.4.5	Er der sket en forrykkelse af retsbeskyttelsens hidtidige bagvedliggende hensynsafvejning og balance i kraft af overgang fra national regulering til EU-harmonisering?	144
2.5	Delkonklusion	146
 Del 3. En EU-harmoniseret retsbeskyttelse af forretningshjemmeligheden		
3.1	Introduktion	151
3.2	Retsbeskyttelsen af forretningshjemmeligheden forud for EU- harmonisering af retsområdet	160
3.2.1	Pariskonventionen og TRIPS-aftalen	160
3.2.2	Den fragmenterede retsbeskyttelse i EU's medlemsstater	168

3.3	Baggrunden og behovet for EU-harmonisering af retsområdet	172
3.3.1	Den hidtil gældende retstilstand	172
3.3.2	Behovet for et velfungerende indre marked	173
3.3.3	Kommissionens 2020-strategi	175
3.3.4	Nutidens forretningsvilkår: informationssamfundet, den teknologiske udvikling m.v.	176
3.3.5	Det politiske ønske (og pres?)	179
3.3.6	Sammenfatning	181
3.4	Vejen mod harmonisering	181
3.4.1	Tidslinje	182
3.4.2	Fremsættelsen af direktivforslag COM 2013 (813)	183
3.4.3	Den parlamentariske proces samt materielle ændringer undervejs	184
3.4.4	Vedtagelsen	187
3.5	Direktiv 2016/7943/EU om forretningshemmeligheder	187
3.5.1	Direktivets formål og retlige status	187
3.5.2	Direktivets formelle retsområde og retsbeskyttelsens karakter	189
3.5.3	Direktivets indhold præsenteret i hovedtræk	195
3.5.4	Direktivets nærmere indhold	196
3.5.4 a	Anvendelsesområde	196
3.5.4 b	Personkreds (og krænkende varer)	199
3.5.4 c	Beskyttelsesobjekt; forretningshemmeligheden. Hvad er en forretningshemmelighed nu og fremadrettet i EU?	203
3.5.4 c i	Definitionens rødder (TRIPS og UTSA)	204
3.5.4 c ii	Informations(over)kategorier omfattet af definitionen	208
3.5.4 c iii	Omfatter definitionen »negativ knowhow« og »showhow«?	212
3.5.4 c iv	Omfatter definitionen mundtlige oplysninger og tjenesteydelser?	215
3.5.4 c v	Omfatter definitionen private eller »ulovlige« oplysninger?	219
3.5.4 c vi	Definitionens første led: »hemmelig«	229
3.5.4 c vii	Definitionens andet led: »handelsværdi«	235
3.5.4 c viii	Definitionens tredje led: »rimelige foranstaltninger«	240

Indholdsfortegnelse

3.5.4 c ix	Grænsen for medlemsstaternes nationale råderum?	249
3.5.4 d	Beskyttelsens omfang og rækkevidde; (u)lovlige handlinger samt undtagelser	259
3.5.4 d i	Generelle hovedlinjer	259
3.5.4 d ii	Lovlige handlinger	261
3.5.4 d iii	Lovlige handlinger: særligt om reverse engineering	264
3.5.4 d iv	Ulovlige handlinger	271
3.5.4 d v	Undtagelser	274
3.5.4 d vi	Undtagelser: Særligt om whistleblowing	274
3.5.4 d vii	Forholdet til whistleblower-direktivet, 2019/1937/EU	287
3.5.4 d viii	Perspektivering: EMRK art. 10 og praksis fra EMD	289
3.5.4 d ix	Perspektivering: Den amerikanske DTSA sec. 7	295
3.5.4 d x	Afsluttende betragtninger	303
3.5.4 e	Håndhævelse af forretningshemmeligheden	306
3.5.4 e i	Generelle hovedlinjer	306
3.5.4 e ii	Foreløbige og endelige foranstaltninger	308
3.5.4 e iii	Erstatning	313
3.5.4 e iv	Offentliggørelse af dom og tvangsbøder	316
3.5.4 e v	Forældelsesfrist	317
3.5.4 e vi	Grænsen for medlemsstaternes nationale råderum – bevissikring?	320
3.6	Implementering af direktiv 2016/943/EU om forretningshemmeligheder i EU-medlemsstaterne	325
3.6.1	Valg af implementeringsstrategi	326
3.6.2	Status på implementering anno 2020	328
3.6.3	Kommentar til det retlige landskab post implementeringsfristens udløb	332
3.6.3 a	Forretningshemmelighedsbegrebet	332
3.6.3 b	Sikring af modstående hensyn	336
3.6.3 c	Adgang til håndhævelse (forældelsesfrist) ...	338
3.6.3 d	Sammenfatning	339
3.7	Diskussion af direktiv 2016/943/EU om forretningshemmeligheder – to skridt frem, et tilbage?	340
3.7.1	Direktivets fordele og forbedringsmuligheder i fugleperspektiv	340

3.7.2	Er direktivets harmoniseringsform egnet til at opnå formålet?	341
3.7.3	Det rette valg af direktivets anvendelsesområde og afgrænsning?	346
3.7.3 a	Ansættelsesklausuler	346
3.7.3 b	Bevissikring	348
3.7.4	Det rette valg af definition af forretningshemmeligheden?	350
3.7.5	Sikring af modstående hensyn – er adgang til whistleblowing tilstrækkelig?	352
3.7.6	Sikring af modstående hensyn – er procesmisbrug reelt sikret imødegået?	353
3.7.7	Fundament for adgang til retshåndhævelsen – en forældelsesfrist uden reel frist?	356
3.7.8	Er direktivet om forretningshemmeligheder egnet til at løfte og forfølge formålet om dels en ensretning, dels en effektiv beskyttelse af forretningshemmeligheder i medlemsstaterne, både nu og fremadrettet?	358
3.8	Delkonklusion	359

Del 4. Den danske retsbeskyttelse af forretningshemmeligheden – forandring og forankring 371

A. Indledende betragtninger

4.1	Forretningshemmelighedens retsværn i dansk ret – forandring og forankring	372
4.1.1	Retsområdets grundstruktur anno 2020	372
4.1.2	Fra konkurrencelov (1912) til lov om forretningshemmeligheder (2018) – og alt imellem	374
4.1.3	Begrebsudviklingen	379
4.1.4	Overblik: betydningen af overgang fra national regulering til nu direktivstyret retsområde	380
4.1.5	Er tidligere retspraksis fortsat relevant (for visse områder)?	382

B. Lov om forretningshemmeligheder

4.2	Lovens anvendelsesområde	383
4.3	Den relevante personkreds	384
4.4	Retsbeskyttelsens genstand: forretningshemmeligheden	385
4.4.1	En legal definition af forretningshemmeligheden	385

Indholdsfortegnelse

4.4.2	Kodifikation af hidtil gældende ret?	386
4.4.3	Krav til kvalificering af information som en forretningshemmelighed	387
4.4.3 a	Informationstypen; kommerciel og teknisk information samt knowhow	387
4.4.3 b	Hvor går grænsen mellem beskyttelseseget information og fagets almene viden?	390
4.4.3 c	Hvor går grænsen mellem beskyttelseseget information og almen tilgængelig viden?	392
4.4.3 c i	Refleksion: Kan kundelister- og kontakter betragtes som en forretningshemmelighed, når oplysningerne findes på det sociale medie LinkedIn?	394
4.4.3 d	Hvornår har information økonomisk værdi?	396
4.4.3 e	Hvad udgør »rimelige foranstaltninger til hemmeligholdelse«?	397
4.4.4	Tekniske tegninger m.v. – en national udnyttelse af direktivets minimumsharmoniseringsstatus?	398
4.4.4 a	Kort om hidtil gældende ret	400
4.4.4 b	Er den hidtidige supplerende beskyttelse af tekniske tegninger m.v. videreført i lov om forretningshemmeligheder?	403
4.4.4 c	Kan en supplerende retsbeskyttelse af tekniske tegninger m.v. i det hele eksistere under den nu direktivstyrede retstilstand? – og bør den?	410
4.5	Retsbeskyttelsens indhold og rækkevidde	420
4.5.1	Den lovlige adfærd	420
4.5.2	Den ulovlige adfærd	422
4.5.3	»Undtagelser« – særligt om whistleblowing	424
4.5.3 a	Eksisterede en whistleblower-undtagelse i dansk ret forud for lov om forretningshemmeligheder?	424
4.5.3 b	Kan en whistleblower forfølges strafferetligt (§ 18)?	428
4.6	Rets håndhævelse af misbrugstilfælde – et overblik	430
4.7	Det civilretlige værn	430
4.8	Det strafferetlige værn	433
4.9	Beskyttelsens varighed (ophævelse af 3-års frist)	436

C. Krydsfeltet mellem lov om forretningshemmeligheder og øvrige (udvalgte) relevante retsområder	
4.10 Straffelovens værn mod industrispionage – samspillet mellem straffelovens kap. 27 og lov om forretningshemmeligheder	438
4.11 Straffelovens §§ 263, 264 og § 264 c	441
4.11.1 Praksis	444
4.11.2 Hovedlinjer i praksis	448
4.12 Refleksion: omfang af retspraksis og årsager bag	449
4.12.1 Indikationer for et potentielt mørketal	449
4.12.2 Mulige årsager bag et potentielt mørketal	452
4.12.3 Sammenfatning	454
4.13 Markedsføringslovens generalklausul(er)	455
4.13.1 MFL § 3 og dens mange facetter	455
4.13.2 Det hidtidige sammenspil i praksis mellem tidligere MFL §§ 1 og 19	456
4.13.3 Rum for fortsat nationalt samspil under den nu direktivstyrede retstilstand?	457
4.14 Delkonklusion	459
Del 5. Fremtidsperspektiver	463
5.1 Lov om forretningshemmeligheder – fordele og forbedringsmuligheder i fugleperspektiv	463
5.2 Diskussionspunkt 1) Til – og fravalg truffet ved implementering .	468
5.2.1 Afgrænsning af lovens anvendelsesområde	468
5.2.2 Udeladelse af én undtagelsesbestemmelse	472
5.2.3 Fravær af bestemmelse om grundløse søgsmål	477
5.3 Diskussionspunkt 2) en potentiel konflikt med legalitetsprincippet	481
5.3.1 Strafsanktionering af en generalklausul	482
5.4 Diskussionspunkt 3) uklarhed som følge af mødet mellem direktivets indhold og national tradition	485
5.4.1 Beskyttelse af mundtlige oplysninger?	485
5.4.2 Beskyttelse af tekniske tegninger m.v.?	487
5.4.3 Lovens personkreds og samspil med straffeloven	488
5.4.4 Formel begrebsforvirring (erhvervs-/forretningshemmelighed)	490
5.5 Diskussionspunkt 4) Øvrige ønskværdige ændringer	493
5.5.1 Bevissikring?	493
5.6 Delkonklusion	496

Indholdsfortegnelse

Del 6. Konklusion	501
6.1 Betydningen af overgang fra national regulering til nu EU-harmoniseret retsområde	502
6.1.1 Retsbeskyttelsens bagvedliggende hensynsafvejning og balance – et fokusskift?	506
6.1.2 Retsbeskyttelsens genstand og rækkevidde – samt grænser?	507
6.1.3 Retsbeskyttelsens egnethed i lyset af dets formål	512
Litteratur	519
Domsregister	543
Stikordsregister	545

Forord

Tiden mellem afhandlingens påbegyndelse i september 2015 og dens indlevering i august 2020 har været præget af store gennemgående forandringer. Vigtigst blev min egen verden lykkeligt forandret, da vi bød Oliver Elias velkommen til verden i 2017, efter et svært farvel til Hans forinden. Den retlige verden på afhandlingens område undergik også store forandringer, først ved vedtagelse af et direktiv i 2016, og herefter en dansk implementeringslov i 2018. Endelig blev meget af verden forandret i 2020 ved COVID-19, der også betød udfordringer i relation til arbejdets færdiggørelse.

Arbejdet med emnet forretningshemmeligheder har bragt mig ud over danske grænser, og jeg har i løbet af min tid som ph.d.-stipendiat været på et forskningsophold på Max Planck Institute for Innovation and Competition i München, og også besøgt Fordham University i New York. Undervejs har jeg prøvet kræfter med forskellige aspekter af emnets mange facetter, herunder den klassiske vidensformidling ved udgivelse af en artikel i *Juristen* (nr. 4, 2016) og oplæg ved fagarrangementer hos bl.a. Patent- og Varemærkestyrelsen samt det private erhvervsliv. Jeg har ligeledes deltaget i lovforberedende arbejde, og under en kort orlov fik jeg tillige føling med emnets praktiske dimension som konsulent i en verserende sag for domstolene.

I dette forord skal også lyde en tak, og denne skal først og fremmest gå til min vejleder professor, dr.jur. Caroline Heide-Jørgensen. Jeg har været privilegeret på alle måder ved at være under din vinge, og jeg er vokset både fagligt og personligt under din kyndige vejledning.

En tak skal også lyde til professor, dr.jur. Jens Hemmingsen Schovsbo og professor, dr.jur. Thomas Riis for interessen i mit projekt, inspirerende samtaler om emnet, de mange invitationer til faglige arrangementer (og jeres bogudgivelse) samt for at have været en del af undervisningsteamet i faget Informationsret.

Endelig skal min familie have en helt særlig tak for altid at møde mig med forståelse, tålmodighed og utrættelig overbærenhed. Uden jer havde det ikke været muligt at færdiggøre afhandlingen. Jeres støtte og praktiske hjælp har været grænseløs, også i ordets bogstavelige forstand.

København, august 2020
Monia Fleischer Ben Soltane

Indledning

1.1 Introduktion til emnet »forretningshemmeligheder«

Når emnet »forretningshemmeligheder« introduceres, er det som oftest i følgeskab af velkendte eksempler herpå, f.eks. opskriften på hhv. **Chanel's parfume No. 5**, **McDonald's Big Mac sauce** og **Coca Cola**. Klassisk i denne kontekst er også **New York Times bestsellerliste**, hvis kriterier for optagelse fortsat er en velbevaret hemmelighed for almenheden.¹ Fælles for de her fremhævede eksempler på »verdenskendte« forretningshemmeligheder er, at de alle trækker tråde tilbage i historien, og har således formået at bevare deres værdi over tid gennem netop hemmeligholdelse.

Erhvervslivets fortrolige information og viden kan dog være meget andet og mere end den ovenfor klassiske og traditionelle eksemplifikation. Mere samtidige eksempler på forretningshemmeligheder tæller f.eks. fremstillingsprocessen for **Michelin-dæk** samt den teknologi og knowhow, der anvendes i **Airbus-fly** og **Googles søgealgoritme**.²

1. *Coca Colas formel X7* og *Chanel's parfume No. 5* er også givet som eksempler på forretningshemmeligheder i Irgens-Jensen, *Bedriftens hemmelighed og retlighed?* (2010) s. 13; Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2017) s. 408; Koktvedgaard, *Immateriaretspositioner* (1965) s. 300 (med tilføjelse af *Campari-formlen* og opskriften på *Worcestershire sauce* hos Heide-Jørgensen og Koktvedgaard). Se også Ben Soltane, *Den retlige beskyttelse af erhvervshemmeligheden i samtiden og fremtiden*, *Justitia* nr. 2 (2015) s. 59. *New York Times bestsellerlist* er – sammen med Coca Colas formel og Chanel's parfume No. 5 – anvendt som eksempler på en forretningshemmelighed i Këllezi og Kilpatrick m.fl. (red.), *Abuse of Dominant Position and Globalization & Protection and Disclosure of Trade Secrets and Know-How* (2017) s. 292. I globalt perspektiv findes tilsvarende eksemplificering, se f.eks. Ackerman og Soucie, *An Overview of Trade Secrets Laws in the United States*, *The International Law Practicum*, nr. 1, 2019 s. 35.
2. For disse »nyere« eksempler på forretningshemmeligheder se Kommissionens presmeddelelse, *Kommissionen fremsætter forslag om bestemmelser, som skal medvirke til at beskytte mod tyveri af forretningshemmeligheder*, IP-13-1176, 28. november

Del 1. Indledning

Alle de foranstående eksempler illustrerer samtidig bredden af de typer information, der kan kvalificeres som en forretningshemmelighed. En forretningshemmelighed kan således bestå af teknisk viden, knowhow eller kommercielle oplysninger – eller en kombination heraf.³

Når en virksomhed er i besiddelse af information, som har *økonomisk værdi* (i kraft af at denne viden dels sikrer en konkurrencemæssig position, dels er ukendt for øvrige aktører i branchen), OG informationen *behandles som fortrolig* (gennem tiltag for at sikre fortsat hemmeligholdelse), så er virksomheden, med andre ord, i besiddelse af en forretningshemmelighed.

En international definition af forretningshemmeligheden [»fortrolig information/undisclosed information«] eksisterer i Verdenshandelsorganisationens aftale om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights⁴ (herefter TRIPS-aftalen) fra 1994, der i art. 39 (2), litra a-c, opstiller tre betingel-

- 2013 og for afsnit i det hele se Ben Soltane, *En harmoniseret retsbeskyttelse af forretningshemmeligheden*, Juristen nr. 4 (2016) s. 160.
3. Forretningshemmeligheder (*kommercielle oplysninger*) kan mere generelt beskrevet være f.eks.: forretningsplaner, strategier og markedsanalyser; forretningsforbindelser, kunde- og leverandørlistor; finansielle driftsoplysninger samt pris- og omkostningsoplysninger. Forretningshemmeligheder (*tekniske oplysninger*) kan på tilsvarende vis generelt beskrevet være f.eks.: forsknings- og udviklingsoplysninger samt programmer [R&D]; fremstillingsmetoder og processer; formler, recepter samt opskrifter; knowhow og teknologi samt også algoritmer og databaser. Se også den følgende del 3, pkt. 3.5.4, om forretningshemmelighedsbegrebet i EU, samt del 4, pkt. 4.4, om forretningshemmelighedsbegrebet i dansk ret. Denne foranstående generelle oprensning af relevante informationstyper er da i øvrigt klassisk, og genfindes ofte (i større eller mindre detaljeringsgrad) i den relevante retslitteratur om emnet – også på tværs af jurisdiktioner. Se f.eks. Ackermann-Blome og Rindell, *Should trade secrets be protected by private and/or criminal law?*, Journal of Intellectual Property Law & Practice nr. 1 (2018) s. 78; Friedman og Landes m.fl., *Some Economics of Trade Secret Law*, The Journal of Economic Perspectives nr. 1 (1991) s. 6. Se en længere oprensning hos Këllezi og Kilpatrick m.fl. (red.), *Abuse of Dominant Position and Globalization & Protection and Disclosure of Trade Secrets and Know-How* (2017) s. 291 ff. og European IPR Helpdesk. *Faktaark. Forretningshemmeligheder: Et effektivt værktøj til at styrke konkurrenceevnen*, juni 2017 s. 2. For nationale referencer se bl.a. Riis og Schovsbo, *Lov om forretningshemmeligheder – med kommentarer* (2019) s. 86; von Ryberg og Kragelund m.fl. (red.), *Enerettighederne – Dansk immaterialret I* (2019) s. 661; Udsen og Borberg m.fl., *Lærebog i informationsret* (2016) s. 236 samt Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2017) s. 411.
 4. Agreement of Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf [tilgået marts 2020] Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C: Agreement

1.1 Introduktion til emnet »forretningshemmeligheder«

ser; informationen skal være *hemmelig*, have *kommerciel værdi* samt være undergivet *særlige foranstaltninger til sikring af hemmeligholdelse*. TRIPS-aftalens definition i art. 39 (2) er i øvrigt udformet med forbillede i den amerikanske **Uniform Trade Secrets Act** (1979) Sec. 1 (4).⁵ Alle EU-medlemsstater, samt Unionen, er bundet af TRIPS-aftalen, herunder definitionen i artikel 39, jf. Rådets afgørelse af 22. december 1994, 94/800/EF.⁶

TRIPS definition blev formelt en integreret del af EU-retten ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/943 af 8. juni 2016 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse.⁷ I direktivet om forretningshemmeligheder, 2016/943/EU, findes

on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (15 April 1994). Se mere om TRIPS-aftalen i del 3, pkt. 3.2.1.

5. Se Moscon og Hilty, *Digital Markets, Rules of Conduct and Liability of Online Intermediaries – Analysis of Two Case Studies: Unfair Commercial Practices and Trade Secrets Infringement*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper nr. 20-01 (2019) s. 77; Gervais, *The TRIPS Agreements. Drafting History and Analysis* (2012) s. 542; Sandeen, *The Limits of Trade Secrets Law: Article 39 of the TRIPS Agreement and the Uniform Trade Secrets Act on Which it is Based* i Dreyfuss og Strandburg (red.), *The Law and Theory of Trade Secrecy* (2011) s. 554 f.; Dole, *The Contours of American Trade Secret Law: What Is and What Isn't Protectable as a Trade Secret*, SMU Science & Technology Law Review nr. 2 (2016) s. 121 note 202: »(...) Article 39 of the TRIPS Agreement was influenced by the Uniform Act definition of trade secret«; Heath og Sanders (red.), *Employees, Trade Secrets and Restrictive Covenants* (2017) s. 13: »The definition is largely based on Article 39 TRIPS and is quite similar in content to the definition of the USA«; Ben Sol-tane, *En harmoniseret retsbeskyttelse af forretningshemmeligheden*, Juristen nr. 4 (2016) s. 164; Silva, *What Exactly is a Trade Secret Under the Proposed Directive?*, Journal of Intellectual Property Law & Practice nr. 11 (2014) s. 926, note 49; Kellezi og Kilpatrick m.fl. (red.), *Abuse of Dominant Position and Globalization & Protection and Disclosure of Trade Secrets and Know-How* (2017) s. 294, hvor de to definitioner fra hhv. TRIPS-aftalen og Uniform Trade Secrets Act opstilles over for hinanden, samt Kolasa, *Trade Secrets and Employee Mobility* (2018) s. 59, hvori det lyder: »The definition contained in Section 1 (4) UTSA closely resembles the definition of undisclosed information from Article 39 (2) TRIPS (...)«, og senere på s. 68 påpeges, at direktivet om forretningshemmeligheders definition har sit forbillede i TRIPS.
6. 94/800/EF: Rådets afgørelse af 22. december 1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=CELEX%3A31994D0800> [tilgået marts 2020].
7. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/943 af 8. juni 2016 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse, *EUT L 157 af 15.6.2016*, s. 1-18, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=celex%3A32016L0943> [tilgået marts 2020] Herefter direktivet om forretningshemmeligheder, 2016/943/EU, eller blot direktivet.

Del 1. Indledning

definitionen af forretningshemmeligheden i art. 2 (1), litra a-c. Herefter skal der – som i TRIPS art. 39 (2) – være tale om information, som a) *ikke er almindeligt kendt eller tilgængelig for personer, der normalt arbejder med disse typer af informationer*, b) *har økonomisk værdi i kraft af hemmeligholdelsen* og c) *der er taget rimelige forholdsregler for at bevare hemmeligholdelsen*. Typen af beskyttelsesværdig information præciseres i direktivets præambelbetragtning 14, hvorefter både kommerciel og teknisk information samt knowhow omfattes. I dansk ret er direktivets definition implementeret ordret i lov om forretningshemmeligheder, lov nr. 309 af 25. april 2018, § 2, nr. 1, litra a-c.

Nærværende afsnit tjener blot som indledende bemærkninger til retsområdets beskyttelsesobjekt, og vil blive udfoldet i afhandlingens følgende dele. Se særligt del 3, pkt. 3.5.4, om forretningshemmelighedsbegrebet i EU, samt del 4, pkt. 4.4, om forretningshemmelighedsbegrebet i dansk ret.

Forretningshemmeligheder har i det praktiske erhvervsliv betydning for stort set alle virksomheder, i stort set alle brancher. Typisk vil virksomhedsgiganter inden for teknologi- og forskningstunge sektorer (såsom medicinal og biotekindustrien) nok associeres som de særligt relevante i denne kontekst. Realiteten er imidlertid den, at forretningshemmeligheder anvendes bredt på tværs af diverse sektorer og også virksomhedsstørrelser:

»(...) the relevance of trade secrets in the new global economy is steadily growing: they are pervasive key factors for maintaining competitive advantage in all business sectors, for both innovative and non-innovative firms, regardless of their size.«⁸

8. Baker & McKenzie, *Study on trade secrets and confidential business information in the internal market*, MARKT/2011/128/D (2013) s. 151. Se tilsvarende i EUROPEAN COMMISSION, *Protection against the unlawful acquisition of undisclosed know-how and business information (trade secrets) – frequently asked questions*, MEMO 13/1061, 28. november 2013 s. 1: »Every company, large or small, and across all sectors uses trade secrets to gain competitive advantage in the global economy. Trade secrets are important to all industry sectors (...)« [egen fremhævelse i citat].

Det bemærkes, at det i hovedteksten fremhævede citat fra Baker & McKenzie – der er første linje af rapportens hovedkonklusion-naturligvis er et udtryk for det »større billede«, og nuancer er da udeladt, såsom at visse sektorer *da* er mere afhængige af forretningshemmeligheder end andre, f.eks. kemikalieindustrien, samt at visse virksomhedsstørrelser ofte kan afhænge mere af forretningshemmeligheder end andre, f.eks. SMV'er. Se ud over Baker & McKenzie's rapport også Hogan Lovells, *Report on Trade Secrets for the European Commission*, MARKT/2010/20/D (2012) s. 6 pkt. 22, hvorefter forretningshemmeligheder er særlig betydningsfulde for hhv. lægemiddel samt biotekindustrien. Se også direktivet om forretningshemmeligheder, 2016/943/EU, præambelbetragtning 2, hvorefter »Små og mellemstore virksomheder (SMV'er) værdsætter forretningshemmeligheder højere og er mere afhængige af dem« samt præambelbe-

Forretningshemmeligheder repræsenterer ofte ganske betydelige beløb for indehaveren, og vil i visse tilfælde endda udgøre en virksomheds eksistensgrundlag. De ovenfor indledende eksempler på klassiske forretningshemmeligheder, såsom opskriften på Coca Cola, indikerer da også størrelsesordenen af de ganske betragtelige summer, som vi her beskæftiger os med.

På trods af at der ikke eksisterer et officielt tal på værdien af Coca Colas opskrift, så har virksomheden selv offentliggjort, at der sælges *1,4 milliard serveringer* på verdensplan – hver eneste dag (2020).⁹ Herefter kræver det ikke stor matematisk kunnen at regne sig frem til, at værdien af forretningshemmeligheden, i form af Coca Colas opskrift, repræsenterer et formentlig svimlende beløb.

tragtning 3 »Forretningshemmeligheder spiller en vigtig rolle for beskyttelse af vidensudveksling mellem virksomheder, navnlig SMV'er«. For en nyere (2013) redegørelse for forretningshemmeligheders betydning i det praktiske erhvervsliv, herunder også belyst fra sektoriel vinkel samt virksomhedsstørrelse, se Kommissionens Konsekvensanalyse *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT Accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure* [SWD/2013/0471 final], særligt s. 145 ff. Se også den allerede omtalte rapport fra Baker & McKenzie, *Study on trade secrets and confidential business information in the internal market*, MARKT/2011/128/D (2013), hvis resultater i øvrigt bygger på en spørgeskemaundersøgelse af 537 virksomheder udført i 2012 samt en omfattende revision af eksisterende litteratur. Om forretningshemmelighedernes økonomiske vigtighed på både makro- og mikroniveau (belyst i kontekst af immaterialrettigheder generelt) se Kur og Dreier m.fl., *European Intellectual Property Law* (2019) s. 9.

Det faktum, at næsten alle virksomheder råder over forretningshemmeligheder, fremhæves også bl.a. i udgivelsen fra The World Intellectual Property Organization (WIPO): *TRADE SECRETS ARE GOLD NUGGETS: PROTECT THEM*«, WIPO Magazine, april 2002, s. 12 og i de Werra, *International Transfer of Trade Secrets: Traps and Promises* i de Werra (red.), *La protection des secrets d'affaires – Actes de la Journée de Droit de la Propriété Intellectuelle du 18 janvier 2013* (2013) s. 102. Fra dansk retslitteratur kan fremhæves Udsen og Borberg m.fl., *Lærebog i informationsret* (2016) s. 229: »Forretningshemmeligheder har praktisk betydning i stort set alle brancher«, se tilsvarende i Hansen og Werlauff, *Forretningshemmeligheder – stærkere fremtidig beskyttelse*, Revision & Regnskabsvæsen nr. 6 (2016) s. 17: »Både små og store virksomheder, og inden for alle brancher, benytter sig af forretningshemmeligheder«. For sektorspecifikke eksempler på forretningshemmeligheders betydning se bl.a. Neethu, *The hush-hush in the fashion closet and EU trade secret law*, Journal of Intellectual Property Law & Practice nr. 11 (2018).

9. <https://www.coca-cola.dk/stories/13-overraskende-facts-om-coca-cola>. [tilgået januar 2020]. Se i forlængelse heraf også Nirwan, *Trade secrets: the hidden IP right*, WIPO Magazine nr. 3, 2013, der omtaler opskriften på Coca Cola som »(...) one of the world's most valuable trade secrets«.

De økonomiske konsekvenser forbundet med tab af forretningshemmeligheder, dels for den konkrete implicerede virksomhed, dels i et bredere samfundsorienteret perspektiv fsva. fremdrift af innovation og udvikling, er i sagens natur svært at sætte eksakt tal på.

I USA blev det i 2015 estimeret af the U.S. Chamber of Commerce, at den samlede værdi af forretningshemmeligheder udgjorde godt **\$ 5 trillion**, med samtidig tab heraf for mere end **\$ 3 billion** hvert år.¹⁰ Videre estimerede PricewaterhouseCoopers og the Center for Responsible Enterprise and Trade i 2014, at uretmæssigt tab af forretningshemmeligheder beløb sig til mellem **1 % og 3 %** af det samlede amerikanske bruttonationalprodukt.¹¹

I Europa ses ikke at eksistere et tilsvarende estimat for de økonomiske konsekvenser forbundet med tab af forretningshemmeligheder. Tilbage i 2014 vurderede Europa-Parlamentet imidlertid: »Innovative businesses are increasingly exposed to dishonest practices designed to misappropriate trade secrets (...) These practices of trade secret misappropriation and corporate espionage, whether emanating from within or outside the Union, are causing *damage running into billions of euro.*«¹²

10. U.S. Chamber of Commerce, *The Case for Enhanced Protection of Trade Secrets in the Trans-Pacific Partnership Agreement*, https://www.uschamber.com/sites/default/files/legacy/international/files/Final%20TPP%20Trade%20Secrets%208_0.pdf. [tilgået januar 2020]. Også omtalt i Yeh, *Protection of Trade Secrets: Overview of Current Law and Legislation*, Congressional Research Service Reports. R43714, april 2016 s. 13 (og note 89). Se videre Bouchoux, *Intellectual Property* (2016) s. 463. For et globalt overblik fsva. opgørelser af hhv. værdi og tab på området se rapporten af Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Enquiries into Intellectual Property's Economic Impact*, kap. 3 »Approaches to the Protection of Trade Secrets« (2015) s. 136.
11. PricewaterhouseCoopers and the Center for Responsible Enterprise and Trade, *Economic Impact of Trade Secret Theft: A Framework for Companies to Safeguard Trade Secrets and Mitigate Potential Threats*, February 2014 http://www.pwc.com/en_US/us/forensic-services/publications/assets/economic-impact.pdf. [tilgået januar 2020] også omtalt i note 90 i Yeh, *Protection of Trade Secrets: Overview of Current Law and Legislation*, Congressional Research Service Reports. R43714, april 2016. Se tilsvarende hos Këllezi og Kilpatrick m.fl. (red.), *Abuse of Dominant Position and Globalization & Protection and Disclosure of Trade Secrets and Know-How* (2017) s. 292. For at sætte disse procenter i perspektiv kan da suppleres med, at det samlede amerikanske bruttonationalprodukt i 2018, ifølge Verdensbanken, var \$ 20,544,343.46 mio. jf. World Bank national accounts data https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=US&most_recent_value_desc=false [tilgået januar 2020]
12. European Parliament, *Trade Secrets IN-DEPTH ANALYSIS*, Legal Affairs, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, PE 493.055, 2014. I Tysk-

1.1 Introduktion til emnet »forretningshemmeligheder«

Det må umiddelbart stå ganske klart, at forretningshemmeligheders økonomiske værdi er ganske væsentlig, og at dette gælder uafhængig af jurisdiktion.¹³

Med så væsentlige værdier og økonomiske interesser i spil, så er det næppe særligt overraskende, at virksomheder ofte må se sig nødsaget til at **gå ganske langt for at sikre en effektiv beskyttelse af deres forretningshemmeligheder.**

Den helt klassiske måde, hvorpå fortløbig værdifuld information sikres hemmeligholdt, ligger da også i begrebet selv, nemlig »hemmelighed« – altså at den i forretningshemmeligheden indviede personkreds begrænses til et absolut tvingende nødvendigt minimum.¹⁴

Metoden genfindes da også langt tilbage i historien, bl.a. blev fremstillingen af (det i dag stadig verdenskendte) Muranoglas sikret hemmeligholdt ved at de, der beherskede kunsten, blev holdt på øen Murano ud for Venedigs kyst med et fuldstændigt udrejseforbud.¹⁵ Videre var det i europæiske munkelostre tradition gennem århundreder, at opskrifter på likører og eliksirer

land estimeres industrispionage at gøre skade for godt 50 billioner euro hvert år, jf. Hoeren, *The New EU Directive on the Protection of Trade Secrets and Its Implementation* i Compagnucci og Forgó m.fl. (red.), *Legal Tech and the New Sharing Economy. Perspectives in Law, Business and Innovation* (2020) s. 209. For at sætte de tyske tal i et historisk perspektiv, så kan det videre fremhæves, at udenlandsk industrispionage er blevet vurderet til at have påført tysk industri skade for over 800 millioner Mark tilbage i 1930 jf. Plesner, *Om know-how og forretningshemmeligheder*, NIR 3 (1963) s. 10. På danske kanter bekræfter Politiets Efterretningstjenestes udgivelse *Informationsikkerhed* (december 2010) s. 2, at spionage da finder sted, men der sættes ej beløb på skadens omfang. Se <https://www.pet.dk/Publikationer/Vejledninger.aspx> [tilgået februar 2020]

13. Se også Ohly, *Harmonising the Protection of Trade Secrets: Challenges and Perspectives* i de Werra (red.), *La protection des secrets d'affaires – Actes de la Journée de Droit de la Propriété Intellectuelle du 18 janvier 2013* (2013) s. 45. Forretningshemmeligheders væsentlige økonomiske betydning, ikke blot for erhvervslivet, men også for verdensøkonomien, bekræftes da også af, at Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) har introduceret »TSPI« – Trade Secret Protection Index, se også omtale heraf i Cook (red.), *Trade Secret Protection – A Global Guide* (2016) s. 6.
14. Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2017) s. 408, Mortensen, *Fra erhvervs- til forretningshemmeligheder* i Iversen, Karstoft og Madsen (red.), *Festskrift til Bent Iversen* (2019) s. 347 samt Mortensen og Steinicke, *Dansk Markedsret* (2015) s. 424.
15. Irgens-Jensen, *Bedriftens hemmelighet og rettighet?* (2010) s. 1; samme i *Forretningshemmeligheter*, NIR nr. 6/2006 s. 568.

Del 1. Indledning

alene var kendt af én person, og først blev videregivet på dødslejet.¹⁶ Mens disse historiske eksempler på den klassiske hemmeligholdelsesmetode da kan fremstå noget middelalderlige af karakter, så er den underliggende problematik imidlertid eviggyldig; nemlig udfordringen ved at bevare fortrolig værdifuld information inden for virksomhedens kontrol og beskyttelsessfære.

Et mere tidssvarende eksempel i denne kontekst kan være de beskyttelsesforanstaltninger, der er indført til sikring af opskriften på Kentucky Fried Chickens krydderiblanding. Den originale håndskrevne opskrift fra 1940 (bestående af blot 11 krydderier), er i dag – efter sigende – låst inde i et digitalt pengeskab, der er støbt ind i cement godt en meter under jordens overflade, og området er videre sikret via både bevægelsessensorer og videoovervågning gennem alle døgnets timer.¹⁷

Opskriften på Coca Cola skulle ligeså være låst inde i et pengeskab, og kombinationen berettes blot at være kendt af to personer. Videre skulle alene fire personer være indviet i opskriften på de populære amerikanske Krispy Creme donuts. Flere eksempler på erhvervslivets fortrolighedsbevarede foranstaltninger kan bl.a. være, hvordan virksomheden Mars Incorporated (kendt for også M&M's og Twix chokoladebarer) efter fast politik giver besøgende bind for øjnene, hvis deres ærinde nødvendiggør gennemgang af, eller ophold i, produktionshallerne. Endnu længere går virksomheden Mondelez's politik; her må fremstillingsprocessen for den cremede midte af Oreo-småkager slet ikke overværes af virksomhedens ansatte.¹⁸

Kentucky Fried Chickens (m.fl.) hemmeligholdelsesmetoder vidner da om omfanget af den indsats, som erhvervslivet – også i dag – i mange tilfælde er nødsaget til at iværksætte og opretholde for at sikre fortsat fortrolighed.

Det kan dog vise sig kommercielt udfordrende (eller umuligt) at efterleve, at blot én enkelt, eller ganske få personer, indvies i forretningshemmeligheden.

16. Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2017) s. 409; Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (1965) s. 299.
17. Bouchoux, *Intellectual property* (2018) s. 462; Kolasa, *Trade Secrets and Employee Mobility* (2018) s. 67 note 183 samt artiklen *KFC's recipe: Has one of the biggest trade secrets in the world been revealed?* *The Daily Telegraph*, 27. august 2016.
18. Se Fromer, *Trade Secrecy in Willy Wonka's Chocolate Factory* i Dreyfuss og Strandburg (red.), *The Law and Theory of Trade Secrecy* (2011) s. 10; Riis og Schovsbo, *Lov om forretningshemmeligheder – med kommentarer* (2019) s. 106 note 23; Silva, *What exactly is a trade secret under the proposed directive?*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* nr. 11 (2014) s. 923 [alle fsva. Mars-eksemplet] og Bouchoux, *Intellectual property* (2018) s. 462 og 480 [fsva. eksemplerne angående Coca Cola, Oreo og Krispy Creme donuts] samt Kolasa, *Trade Secrets and Employee Mobility* (2018) note 183 [Coca Cola].

1.1 Introduktion til emnet »forretningshemmeligheder«

Samtidens globale og digitaliserede marked forudsætter typisk, at der kan deles fortrolig information med aktører såsom betroede ansatte og samarbejdspartnere, agenter samt producenter m.v. i den daglige virksomhedsdrift.¹⁹

Hvor absolut begrænsning af den i forretningshemmeligheden indviede personkreds ikke er en »forretningsmæssig farbar vej«, må erhvervslivet iværksætte nødvendige, effektive og forholdsmæssigt passende sikkerhedsforanstaltninger. Disse foranstaltninger kan være alt fra fysisk fortrolighedsstempling, traditionelle låse og klassisk adgangsbegrænsning af områder – og tilsvarende elektronisk sikring ved passwords, firewalls og kryptering – til mere avancerede og sofistikerede teknologiske løsninger såsom fingeraftryks- og irisgodkendelse. Som Surblytø også formulerer rammende i sin enkelthed: »*There is no trade secret without secrecy*«. ²⁰

Et straks herefter relevant spørgsmål er da, **hvem og hvad, der konkret udgør en trussel mod erhvervslivets bevarelse af deres forretningshemmeligheder?** Svaret hertil er flerdimensionelt. Først og fremmest kan der udpeges en gruppe af typiske aktører, der udgør en trussel mod virksomheders forretningshemmeligheder. Dernæst har samfundsudviklingen, herunder de moderne og globale forretningsvilkår, afgørende betydning for trusselsbilledet i det hele.

Hvad angår den typiske gruppe af aktører, der udgør en trussel mod virksomheders forretningshemmeligheder, så er denne kortlagt bl.a. af en Europakommissions bestilt undersøgelse fra 2012. Heri konkluderes, at den mest prominente risiko for uretmæssig tilegnelse, brug eller videregivelse af forretningshemmeligheder stammer fra *konkurrenter og tidligere ansatte samt kunder og klienter*.²¹ Dette risikobillede, fordelt på aktører, er i øvrigt også

19. For dette afsnit samt det følgende se Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2017) s. 408; Mortensen, *Fra erhvervs- til forretningshemmeligheder* i Iversen, Karstoft og Madsen (red.), *Festskrift til Bent Iversen* (2019) s. 347; Mortensen og Steinicke, *Dansk Markedsret* (2015) s. 424. Se også Andersen, *IT-retten* (2005) s. 507: »Total hemmeligholdelse er et sjældent set fænomen, men findes. I de fleste tilfælde er man nødt til at dele sin hemmelighed med andre, det være sig ansatte, forretningspartner eller rådgivere.« I global kontekst kan fremhæves følgende bemærkning fra Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Enquiries into Intellectual Property's Economic Impact* (2015) s. 130: »Although trade secrets are confidential, they are also commercial. For a trade secret to have any practical value, the owner usually must share it in order to collaborate with a limited group of employees and business partners.«
20. Surblytø, *Enhancing TRIPS: Trade Secrets and Reverse Engineering* i Ullrich og Hilty, m.fl. (red.), *TRIPS plus 20 From Trade Rules to Market Principles* (2016) s. 737.
21. Baker & McKenzie, *Study on trade secrets and confidential business information in the internal market*, MARKT/2011/128/D (2013) s. 13 angående spørgsmålet om,

Del 1. Indledning

bekræftet af en nyere undersøgelse (2018) fra *European Union Intellectual Property Office*, hvor især interne personer samt konkurrenter udpeges som særligt relevante for risikobilledet.²²

Til billedet af relevante aktører, der udgør en trussel mod virksomheders forretningshemmeligheder, skal også tilføjes *bl.a. forretningspartnere, leverandører, aktuelt ansatte, interne samt eksterne konsulenter samt øvrige med adgang til virksomheden*.²³ Et noget bredere spektrum af relevante aktører ses hos Këllezi, Kilpatrick og Kobel, der også inkluderer truslen mod forretningshemmelighedsmisbrug fra *fremmede statsmagter* og »*hacktivist-er*«. ²⁴ Om den rene cybertrussel mod forretningshemmeligheder se særligt den Kommissionsbestilte rapport fra 2018; *The scale and impact of industrial espionage through cyber*,²⁵ og også Carl, der opdeler cybertruslen mod forretningshemmeligheder i følgende kategorier; den statsudførte spionage, den konkurrentudførte erhvervsspionage og den ikke-statsrelaterede, men politisk motiverede, hacktivism.²⁶

Hvad der imidlertid er ganske påfaldende er, at gruppen »**nuværende samt tidligere ansatte**« går igen som de aktører, der generelt udgør den største og mest prominente trussel mod erhvervslivets tab af forretningshemmeligheder – og at dette i øvrigt gør sig gældende på tværs af jurisdiktioner.

hvilke aktører, der udgør en trussel mod virksomheders forretningshemmeligheder. Herefter fordeler risikobilledet sig som følger; *konkurrenter* (53 %), *tidligere ansatte* (45 %) og *kunder samt klienter* (31 %). Procentfordelingen heri fremstår dog ikke fuldt overbevisende, idet tallene sammenlagt giver et resultat på mere end 100 %. Rapportens procentvise risikobillede synes alligevel alment accepteret, se også gentagelsen i Kommissionens Konsekvensanalyse *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT* [SWD/2013/0471 final] på s. 164 samt Kolasas, *Trade Secrets and Employee Mobility* (2018) s. 1 note 3.

22. European Union Intellectual Property Office, *The baseline of trade secrets litigation in the EU Member States*, European Union publications, [DOI 10.2814/19869] 2018, se s. 332 og 424 (særlig figur 5 »Parties Profile«, der kortlægger den typiske profil for hhv. sagsøger og sagsøgt i sager om forretningshemmeligheder fordelt efter medlemsstat).
23. Jf. Kommissionens Konsekvensanalyse *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT* [SWD/2013/0471 final] s. 164 figur A8.5. Se også Baker & McKenzie, *Study on trade secrets and confidential business information in the internal market*, MARKT/2011/128/D (2013) s. 13.
24. Këllezi og Kilpatrick m.fl. (red.), *Abuse of Dominant Position and Globalization & Protection and Disclosure of Trade Secrets and Know-How* (2017) s. 292.
25. PricewaterhouseCoopers, *The scale and impact of industrial espionage through cyber*, DG GROW [DOI: 10.2873/48055] 2018.
26. Carl, *An unacknowledged crisis – economic and industrial espionage in Europe* i Spinellis og Theodorakis m.fl. (red.), *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis. Vol. II: Essays in English, German, French, and Italian* (2017). <http://crime-in-crisis.com/en/wp-content/uploads/2017/06/essays-nestor-courakis.pdf> [tilgået maj 2020]

1.1 Introduktion til emnet »forretningshemmeligheder«

Se, ud over de foranstående fremhævede undersøgelser, også f.eks. *Irgens-Jensen*: »Den største trussel mot at et foretak kan nyte de fruktene av sin innsats som det bevarer som forretningshemmelighet, kommer fra dets egne ansatte«;²⁷ *Turner*: »Employees (or usually disgruntled ex-employees) are the most common defendant in trade secrets actions.«;²⁸ *Kolasa*: »(...) employees and ex-employees are considered to be the biggest threats to the existence of trade secrets.«;²⁹ *Silva*: »(...) the main challenge in keeping secrecy comes from within«³⁰ og også *Almeling*: »As uncomfortable as it can be for companies to acknowledge, current and former employees are the groups most often sued for trade secret misappropriation.«³¹

At tidligere ansatte ofte repræsenterer en særlig udfordring for erhvervslivets fortsatte bevarelse af forretningshemmeligheder skal da ses i lyset af, at **det ikke altid er klart, hvornår der er tale om en egentlig forretningshemmelighed, som da skal holdes fortrolig, og hvornår der blot er tale om erhvervs erfaring, almindelig brancheindsigt og faglig kunnen, der frit kan anvendes.**

27. Irgens-Jensen, *Ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter*, NIR nr. 4 (2018) s. 517 [citeret i hovedtekst]. Se videre Irgens-Jensen, *Bedriftens hemmelighet og rettighet?* (2010) s. 14. Heri illustreres problematikken (medtagelse af fortrolig information til et nyt ansættelsesforhold) ved flere kilder, f.eks. en undersøgelse i det danske magasin Computerworld.dk i 2014, hvorefter 70 % af programmører medtager sourcekoder ved jobskifte. Se endelig Irgens-Jensen, *Forretningshemmeligheter*, NIR nr. 6 (2006) s. 569; hvorefter »(...) den største trussel mot et foretaks forretningshemmeligheter ofte er dets ansatte (...)«.
28. Turner, *The Protection of Trade Secrets: the Legal Framework in the EU* i de Werra (red.), *La protection des secrets d'affaires – Actes de la Journée de Droit de la Propriété Intellectuelle du 18 janvier 2013* (2013) s. 96.
29. Kolasa, *Trade Secrets and Employee Mobility* (2018) preface [citeret i hovedtekst] samt samme budskab på s. 1 note 3.
30. Silva, *What exactly is a trade secret under the proposed directive?*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* nr. 11 (2014) s. 923.
31. Almeling, *Seven Reasons Why Trade Secrets Are Increasingly Important*, *Berkeley Technology Law Journal* nr. 2 (2012) s. 1101, samme citat også gengivet i i Kommissionens Konsekvensanalyse COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT [SWD/2013/0471 final] s. 158, note 495. *Bemærk dog, at konkurrenter stadig skal indgå i det samlede risikobillede med væsentlig vægt*: »In the vast majority (over 90%) of trade secret cases that are litigated in state court, the alleged misappropriator is someone the trade secret owner knows, either a current or former employee or a business partner«, jf. Yeh, *Protection of Trade Secrets: Overview of Current Law and Legislation*, *Congressional Research Service Reports*. R43714 (2016) s. 14 og Almeling m.fl., *A Statistical Analysis of Trade Secret Litigation in State Courts*, 46 *GONZAGA L. REV.* 57, 68 (2010). Se også Wadlow, *Trade secrets and the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, *European Intellectual Property Review* nr. 8 (2008) s. 12: »Trade secret cases frequently involve disloyal employees as well as competitors (...)«.

Del 1. Indledning

Parterne vil helt åbenbart have modstående interesser i klassifikationen af den pågældende information i tvivlstilfælde. Den tidligere ansattes fremadrettede erhvervs muligheder kan begrænses betydeligt, hvor viden/kompetencer oparbejdet under et ansættelsesforhold betragtes som retsbeskyttede forretningshjemmeligheder. Problemstillingen er da særlig aktuell, hvor der er tale om et langvarigt ansættelsesforhold inden for en lille specialiseret sektor. Samtidig står virksomheden over for *dels* tab af viden, *dels* et økonomisk tab (og evt. forspring på markedet), såfremt den pågældende information ej betragtes som en forretningshjemmelighed i retlig forstand.

Det her skitserede scenarie repræsenterer da et **kerneproblem for retsområdet** og har i øvrigt gyldighed på tværs af jurisdiktioner.³²

Der er ganske væsentlige og tungtvejende grunde til at sikre arbejdstagers fortsatte adgang til arbejdsmarkedet, både af hensyn til individets erhvervs muligheder og mobilitet (samt eventuelt adgang til etablering af konkurrerende virksomhed, og dermed etableringsfrihed og fri konkurrence), men også af hensyn til det mere generelle samfundsgavnligt aspekt i videns- og informationsspredning, der i sidste ende generer innovation og udvikling på markedet.

På tilsvarende vis er der også væsentlige og tungtvejende grunde til at sikre, at erhvervslivets fortrolige og værdifulde information netop kan beskyttes som forretningshjemmeligheder. Virksomheders forretningsrisiko øges, hvor der ikke eksisterer et effektivt værn af forretningshjemmeligheder. Med en øget forretningsrisiko, så mindskes erhvervslivets incitament til investering og udvikling af information. Uden incitament til investering i viden tilskyndes der ikke til innovation, hvilket kan hindre markedsudvikling, der i sidste ende er på bekostning af samfundets vækstpotentiale som hele.³³

32. Jf. det forudgående afsnit, bl.a. med henvisning til undersøgelsen foretaget af Baker & McKenzie, *Study on trade secrets and confidential business information in the internal market*, MARKT/2011/128/D (2013) s. 13, og også petitaafsnittet ovenfor med henvisning til betragtningerne hos Irgens-Jensen; Turner; Kolasa; Silva; Almeling; Yeh og Wadlow.
33. Se i det hele direktivet om forretningshjemmeligheder, 2016/943/EU, herunder bl.a. præambelbetragtning 4 (incitamenthensyn) og art. 1 (3) samt præambelbetragtning 13 (balancen mellem arbejdstagers almene viden og egentlige forretningshjemmeligheder). Se også særligt den kommende del 2, pkt. 2.4.2 (om retsområdets bagvedliggende hensyn og balance). Videre henvises til del 3 og 4 fsva. afgrænsning af beskyttelsesobjektet (pkt. 3.5.4 c og pkt. 4.4). Både Kolasa og Irgens-Jensen beskæftiger sig særligt med sondring mellem forretningshjemmeligheder og ansattes almene viden, se Kolasa, *Trade Secrets and Employee Mobility* (2018) kap 3, s. 93 f. og Irgens-Jensen, *Bedriftens hemmelighed og rettlighed?* (2010) særligt s. 216 ff. [og s. 135 om dansk ret]. Af national retslitteratur kan fremhæves Riis og Schovsbo, *Lov om forretningshjemmeligheder – med kommentarer* (2019) s. 97 ff. og Madsen, *Markedsret Del 2* (2019) s. 312 samt Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret*

1.1 Introduktion til emnet »forretningshemmeligheder«

Den tidligere ansatte skal altså fremhæves, når man skal fastlægge den typiske gruppe af aktører, der udgør en trussel mod erhvervslivets fortsatte bevarelse af forretningshemmeligheder.

Når man betragter risikobilledet fsva. tab af forretningshemmeligheder, så må ikke blot de relevante aktører indgå, men også samfundsudviklingen, herunder de moderne forretningsvilkår, som hele.

Mens opblomstring³⁴ af vores tids **informationssamfund og digitale tidsalder** har utallige fordele, eksisterer samtidig også en »bagside af medaljen« fsva. forretningshemmelighedsaspektet. F.eks. er den velkendte trussel mod uberettiget fysisk indtrængen (industrispionage) nu udvidet også med en elektronisk dimension. Erhvervslivet har altså til opgave at sikre ikke blot de fysiske, men også de elektronisk lagrede forretningshemmeligheder via sikkerhedsforanstaltninger omkring servere og »skyer«. Som en Europa-Kommissionsbestilt rapport fra 2018 ganske rigtigt påpeger: »While a better connected world offers new opportunities, there are also new risks.«³⁵

Den **teknologiske udvikling** er i konstant fremmarch, hvilket som hele er et samfundsgode. Alligevel indebærer udviklingen (visse) udfordringer for

(2017) s. 412. Se videre von Ryberg og Kragelund m.fl. (red.), *Enerettighederne – Dansk immaterialret I* (2019) s. 665 ff.; Udsen og Borberg m.fl., *Lærebog i informationsret* (2016) s. 237; Iversen (red.) og Folker m.fl., *Erhvervsstrafferet* (2015) s. 644; Mortensen og Steinicke, *Dansk Markedsret* (2015) s. 427; Ben Soltane, *Den retlige beskyttelse af erhvervshemmeligheden i samtiden og fremtiden*, Justitia nr. 2 (2015) s. 8 ff.; Borcher og Bøggild, *Markedsføringsloven* (2013) s. 522; Jørgensen, *Ansattes konkurrencehandling* (2010) s. 221; Udsen, *De informationsretlige grundsætninger* (2009) s. 296; Poulsen, *Loyalitetspligt og erhvervsforbud* (1991) s. 149 ff.; Munch, *Know how og arbejdskraftens frie bevægelighed*, U 1981B.45 s. 46 ff.; Andersen, *Markedsføringsret* (1978) s. 297; Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner* (1965) s. 305 ff. og Plesner, *Om know-how og forretningshemmeligheder*, NIR 3 (1963) s. 23 ff.

34. De følgende afsnit om moderne samfundsmæssige aspekter af betydning for risikobilledet for forretningshemmeligheder er skrevet med afsæt i præambelbetragtning 4 i direktivet om forretningshemmeligheder, 2016/943/EU. Heri lyder det: »Innovative virksomheder udsættes i stigende grad for uhæderlig praksis (...). De seneste udviklingstendenser, f.eks. *globaliseringen, øget outsourcing, længere forsyningskæder* og den *øgede brug af informations- og kommunikationsteknologi*, bidrager til at øge risikoen for sådan praksis« [egen fremhævelse]. Også Kommissionens Konsekvensanalyse har dannet grundlag for de følgende afsnit, jf. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT [SWD/2013/0471 final] s. 158 ff. Emnet behandles i øvrigt i den kommende del 3 under afsnittet »Baggrunden for EU-harmonisering af retsområdet«.
35. PricewaterhouseCoopers, *The scale and impact of industrial espionage through cyber*, DG GROW [DOI: 10.2873/48055] 2018, s. 7, via https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/intellectual-property/trade-secrets_en [tilgået januar 2020].

erhvervslivets fortsatte bevarelse af deres forretningshemmeligheder. Konkret har opfindelser såsom *USB-nøglen* nu gjort det muligt at lagre store mængder information på forsvindende lidt plads, hvilket giver nye muligheder for dem, der måtte have uretmæssige hensigter.

Tilsvarende gælder for udbredelsen af *smartphones*. Denne nu helt almindelige – og for mange uundværlige – del af den private og professionelle hverdag kan samtidig også tjene som et værktøj for industrispionen, der uden at påkalde sig opmærksomhed bl.a. vil kunne optage fortrolige samtaler eller tage billeder under virksomhedsbesøg.

At dagens moderne forretningsvilkår videre udspiller sig i en **grænseoverskridende samt global kontekst** medfører også risici. F.eks. har *outsourcing* da operationelle fordele for erhvervslivet, men fremgangen af metodens benyttelse (ofte over landegrænser) betyder også, at f.eks. fortrolige opskrifter eller fremstillingsmetoder nu deles med en større personkreds, end hvad hemmelighedskriteriet måske kan bære. I hvert fald opstår stigende risiko for læk af forretningshemmeligheder for hvert led, der tilføjes en produktion. Endelig er det moderne marked også præget af en **stigende mobilitet af arbejdstagere**. Men hyppigere udskiftning af personel medfører også en større risiko for tab af betroet fortrolig information.³⁶

At truslen mod erhvervslivets tab af forretningshemmeligheder er både reel og håndgribelig er påvist af flere uafhængige undersøgelser. I 2013 meddelte Europa-Kommissionen, at: »(...) en ud af fem virksomheder inden for de seneste ti år været udsat for mindst et forsøg på at stjæle virksomhedens forretningshemmeligheder«.³⁷

36. Se Kommissionens konsekvensanalyse [SWD/2013/0471 final] s. 158 »(...) labour mobility is now greater than at anytime in history«. På s. 158 i note 497 fremhæves også betydningen af samfundets sociologiske ændringer (at den yngre generation ikke i samme grad som hidtil føler jobtryghed, og heller ikke vægter loyalitet over for deres arbejdsgiver i samme grad som tidligere, hvilket leder til øget mobilitet, jf. Almeling, *Seven Reasons Why Trade Secrets Are Increasingly Important*, Berkeley Technology Law Journal nr. 2 (2012) s. 1103). For et nationalt bidrag, der bekræfter at også det danske arbejdsmarked er præget af høj mobilitet, se Dahl og Stamhus, *Økonomiske effekter af konkurrenceklausuler: En oversigtsartikel*. Institut for Økonomi og Ledelse, Aalborg Universitet. Department of Business and Management Working Paper Series, Nr. 7 (2013) s. 2.

37. Kommissionens pressemeddelelse d. 28. november 2013, IP-13-1176, [de heri refererede tal stammer fra undersøgelsen foretaget i 2012, hvor 537 virksomheder deltog, jf. den allerede omtalte Baker & McKenzie, *Study on trade secrets and confidential business information in the internal market*, MARKT/2011/128/D (2013) s. 163].

Det må imidlertid formodes, at der eksisterer et **mørketal** ved siden af disse officielle tal. Ikke alle virksomheder ønsker at oplyse, at de har været udsat for sikker-