

En harmoniseret retsbeskyttelse af forretningshemmeligheden

– Det nutidige og fremtidige retsværn af erhvervslivets fortrolige information i Danmark

Af ph.d.-stipendiat Monia Fleischer Ben Soltane, Centre for European Studies in Economic Law (CESEL), Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet

I maj 2016 blev direktiv 2016/943/EU om beskyttelse af forretningshemmeligheder vedtaget, hvilket betyder, at retsområdet for første gang nogensinde er harmoniseret i EU. Direktivet, der har været godt 3 år undervejs, er et opgør med den hidtidige fragmenterede retsbeskyttelse af erhvervslivets fortrolige information i medlemsstaterne. Fremadrettet vil direktivets minimumsregulering sikre en fælleseuropæisk ensretning af begrebet »forretningshemmelighed«, hvad der betragtes som (u)lovlig adfærd samt de civilretlige retsmidler tilgængelige ved misbrug. Denne artikel beskæftiger sig med det netop vedtagne direktiv og dets betydning for dansk ret. Det konkluderes, at dele af direktivet vil kræve revision af gældende ret, og det anbefales, at implementering sker ved vedtagelse af en ny dansk speciallov om forretningshemmeligheder.

1. Indledning

Forretningshemmeligheder¹ (også kaldet »erhvervshemmeligheder«, »fortrolige forretningsoplysninger«, »driftshemmeligheder« eller »fortroligt knowhow«) anvendes af alle virksomheder, uanset størrelse og branche, til at beskytte en lang række forskellige tekniske og kommercielle oplysninger.² Det klassiske lærebogseksempel på en forretningshemmelighed er Coca Colas formel 7-X,³ men erhvervslivets fortrolige information og viden kan være meget andet og mere, f.eks. fremstillingsprocessen for Michelin-dæk, opskriften på »Pasteis de Belém« (en portugisisk tærte med kagecreme) samt den teknologi og knowhow, der anvendes i Airbus-fly og Googles søgealgoritmer.

I disse dage synes emnet »forretningshemmeligheder« vigtigere end nogensinde, og præger den politiske dags-

orden med betydelig styrke. Som omtalt i resuméet ovenfor fik EU i maj 2016 harmonisering af forretningshemmelighedens retsværn med direktiv 2016/943/EU om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse (herefter »direktivet«). Samtidig med vedtagelsen af direktivet i EU var der på den anden side af Atlanten samme bevågenhed omkring emnet. Således fik USA også i maj den nye »Defend Trade Secrets Act of 2016«.⁴ Begge initiativer vidner om en fornyet erkendelse af forretningshemmelighedernes betydning i den moderne og globale markedsøkonomi.

Opjustering/prioritering af forretningshemmelighedens retsværn i 2016 refereres til som en »global trend«.⁵ I nationalt perspektiv blev beskyttelse af erhvervslivets fortrolige forhold dog introduceret allerede i 1912 ved konkurrenceloven,⁶ der i 1974 blev afløst af markedsføringsloven,⁷ hvor også den nugældende beskyttelse findes i § 19 om erhvervshemmeligheder og tekniske tegninger.⁸ Hertil yder markedsføringslovens generalklausul i § 1 et supplerende retsværn. Straffelovens bestemmelser om industrispionage i §§ 263-264 c⁹ yder samtidig en beskyttelse mod udefrakommendes (uden lovlig adgang til virksomheden) misbrug af hemmeligheden.

Der bør allerede her knyttes en bemærkning til brugen af begreberne »forretningshemmelighed« og »erhvervshemmelighed«. Sidstnævnte benyttes konsekvent i gældende dansk ret og findes i både markedsføringsloven, straffeloven og retsplejelovens ordlyd. Heroverfor står direktivets danske sprogversion i EU-tidende, der anvender begrebet »forretningshemmelighed«. Der er dog ikke forskel på begrebernes

1. Se i det hele gennemgangen Ben Soltane, *Den retlige beskyttelse af erhvervshemmeligheden i samtiden og fremtiden*, Justitia nr. 2 (2015).
2. Jf. også Kommissionen pressemeddelelse d. 28. november 2013, IP-13-1176.
3. F.eks. Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2012) s. 370.

4. Defend Trade Secrets Act (2016) supplerer Economic Espionage Act (1996) og Uniform Trade Secrets Act (1979) jf. Ridgway and Dvorkis, *A Comparison of the EU Trade Secrets Directive and the US Defend Trade Secrets Act*, patentlyo.com d. 16. maj 2016.

5. F.eks. i *EU Trade Secrets Directive will come into force on 5 July 2016*, Baker & McKenzie, Lexology.com, 22. juni 2016.

6. Lov nr. 137 af 8. juni 1912 om straf for brugen af urigtige varebetegnelser (populært »konkurrenceloven«).

7. Lov nr. 297 af 14. juni 1974, markedsføringsloven.

8. LBKG nr. 1216 af 25. september 2013, markedsføringsloven.

9. LBKG nr. 1052 af 4. juni 2016, straffeloven.

indhold, hvilket belyses nærmere i det følgende. Artiklen vil så vidt muligt anvende »forretningshemmelighed« for at undgå unødvendig begrebsforvirring.

Denne artikel beskæftiger sig med det netop vedtagne direktiv om forretningshemmeligheder og dets betydning for dansk ret. I **afsnit 2** behandles baggrunden for direktivets fremsættelse, der redegøres kort for den parlamentariske proces frem til vedtagelsen, og afsnittet afrundes med en præsentation af direktivets indhold. I **afsnit 3** opridses den eksisterende danske beskyttelse af forretningshemmeligheder, og i **afsnit 4** undersøges, hvorvidt direktivets indhold vil kræve ændring af gældende dansk ret. I **afsnit 5** perspektiveres til svensk ret, og det vurderes, hvorvidt implementering af direktivet i dansk ret bør varetages ved at indføre en ny speciallov om forretningshemmeligheder. Endelig indeholder **afsnit 6** en konklusion.

2. Direktiv 2016/943/EU om beskyttelse af forretningshemmeligheder

2.1. Baggrunden for harmonisering

Direktivet om beskyttelse af forretningshemmeligheder blev altså vedtaget i maj 2016, men hvorfor var der behov for at harmonisere retsområdet i EU? Direktivets fremsættelse skyldes først og fremmest den hidtidige beskyttelse af forretningshemmeligheden i EU's medlemsstater, hvor der ses forskellige løsninger på alt fra beskyttelsesobjektets indhold, retsbeskyttelsens omfang og de tilgængelige reaktionsmidler ved misbrug. Også selve retsområdet er der forskel på »(...) provisions dealing with trade secrets are scattered over completely different fields of law«. ¹⁰ Nogle medlemsstater regulerer beskyttelsen af forretningshemmeligheder via et markedsføringsretligt værn (f.eks. Danmark), mens andre har valgt konkurrenceretligt regi. ¹¹ En medlemsstat (Sverige) har en særlig lov om forretningshemmeligheder. Samtidig findes også flere medlemsstater (f.eks. Malta), der slet ikke har en lovhjemmel for beskyttelsen, men bygger denne på principper udviklet i domspraksis. Fraværet af harmonisering har altså givet grobund for et uensartet retligt landskab, et regulært patchwork.

Baggrunden for direktivet er ikke blot medlemsstaternes forskelligartede regler, men også disses negative effekt på det indre markeds funktion. Virksomheders forretningsrisiko øges, når der ikke eksisterer sammenlignelige midler til at forfølge en krænkelse. Med en øget forretningsrisiko mindskes incitamentet til investering og udvikling af fortrolig information. Dermed tilskyndes der ikke til innovation og kreativitet, hvilket gør det indre marked mindre velfungerende og underminerer dets vækstpotentiale. ¹²

Videre er harmoniseringen begrundet af nutidens samfundsmæssige udviklingstendenser som f.eks. globalisering og øget brug af informations- og kommunikationsteknologi. ¹³ Dette medvirker til i stadig stigende grad at udfordre erhvervslivets (allerede store) opgave med at beskytte deres fortrolige viden. Ifølge Europa-Kommissionen (herefter »Kommissionen«) har 20 % af EU's virksomheder været udsat for tyveri, eller forsøg på tyveri, af deres forretningshemmeligheder i løbet af det sidste årti. ¹⁴ Endelig er direktivets fremsættelse formentlig også begrundet i et udtrykt ønske fra bl.a. erhvervslivet samt en indgående kritik af status quo rejst både inden for og uden for EU. ¹⁵

2.2. Vejen mod vedtagelse af direktivet

Tilbage i 2010 blev det første skridt på vejen mod harmonisering taget med Kommissionens vækst- og beskæftigelsesstrategi, 2020-strategien, der bl.a. har til formål at skabe et innovationsvenligt miljø i EU. ¹⁶ I forlængelse heraf indledte Kommissionen i 2011 en række lovforberedende tiltag, herunder en offentlig høring om emnet ¹⁷ samt bestilling af to uafhængige rapporter til kortlægning af medlemsstaternes retsbeskyttelse. ¹⁸ Resultaterne af de foretagne initiativer tegnede tilsammen et billede af den eksisterende beskyttelse af forretningshemmeligheden i medlemsstaterne som fragmenteret og mangelfuld.

I november 2013 fremsatte Kommissionen sin forslag til et direktiv om forretningshemmeligheder; KOM 2013 (813) final. Ifølge implementeringsplanen ¹⁹ skulle direktivet gennemføres allerede året efter. Sådan skulle det dog ikke gå. Både Rådet for Den Europæiske Union (herefter »Rådet«) og Europa-Parlamentet (herefter »Parlamentet«) ønskede nemlig ændringer af det oprindeligt fremsatte forslag.

I maj 2014 kom Rådets »generelle indstilling« (ST 9870 2014), og i juni 2015 Parlamentets »betænkning« (A8 0199 2015). Særligt Parlamentet udtrykte bekymring for direktivets balance mellem beskyttelsen af grundrettigheder (f.eks. ytringsfrihed) og beskyttelsen af erhvervslivets fortrolige information. Parlamentets ændringsforlag introducerede derfor en eksplicit omtale af grund- og frihedsrettigheder i direktivets ordlyd. Rådet og Parlamentets ændringsforslag kom i øvrigt

13. Ibid.

14. Kommissionens pressemeddelelse d. 28. november 2013, IP-13-1176.

15. F.eks. Bronckers and McNelis, *Is the EU Obligated to Improve the Protection of Trade Secrets? An Inquiry into TRIPS, the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights*, European Intellectual Property Review nr. 10 (2012).

16. En hovedhjørnesten i 2020-strategien er flagskibsinitiativet »Innovation i EU«, IP-10-1288. Med afsæt i denne er der vedtaget en samlet strategi, IP-11-630, der skal sikre, at det indre marked for immaterialrettigheder fungerer gnidningsløst – hvilket i denne kontekst også omfatter forretningshemmeligheder.

17. Kommissionens *Public consultation on the protection against misappropriation of trade secrets and confidential business information* (2013) varede 3 måneder og modtog 386 svar fra bl.a. borgere, virksomheder og myndigheder.

18. *Report on Trade Secrets for the European Commission*, MARKT/2010/20/D, Hogan Lovells (2012) og *Study on trade secrets and confidential business information in the internal market*, MARKT/2011/128/D, Baker & McKenzie (2013).

19. Implementation Plan, SWD (2013) 493 final.

10. *Study on trade secrets and confidential business information in the internal market*, MARKT/2011/128/D, Baker & McKenzie (2013) s. 27.

11. F.eks. Østrig, Polen og Spanien, *ibid.* s. 4.

12. Jf. også direktivets præambel pkt. 4.

næppe som den store overraskelse for de, der havde nærlæst Kommissionens indledende forslag. Det oprindelige forslag blev nemlig kritiseret indgående fra start af både praktikere, brancheorganisationer og teoretikere for alt fra uklare formuleringer til dets konkrete indhold, bl.a. en (for) kort forældelsesfrist.

Trods ændringsforlag fra både Rådet og Parlamentet, kunne der fortsat ikke opnås politisk enighed om direktivets indhold, og den parlamentariske proces fortsatte videre med i alt fire triløgmøder, hvor det sidste i december 2015 førte til en vedtagelse af et kompromisforslag (ST 15382 2015). Kompromisforslaget blev herefter formelt vedtaget af Parlamentet d. 14. april 2016, og *endeligt* vedtaget af Rådet d. 27. maj 2016. Der skulle altså gå godt 3 år fra direktivets fremsættelse til endelig vedtagelse.

Direktiv 2016/943/EU om beskyttelse af forretningshemmeligheder blev offentliggjort i EU-tidende d. 15. juni 2016²⁰ og trådte i kraft d. 5. juli 2016. Implementeringsfristen er d. 9. juni 2018.

2.3. Direktivets indhold i hovedtræk

Formålet med direktivet er at indføre tilstrækkelig og sammenlignelig adgang til oprejsning i alle medlemsstater i tilfælde af ulovlig erhvervelse, brug eller videregivelse af forretningshemmeligheder, jf. præambelens pkt. 10. Dermed sikres erhvervslivet lige adgang på hele EU's indre marked til at forfølge krænkelse af forretningshemmeligheder.

Reguleringens form er minimumsharmonisering jf. art. 1, hvilket betyder, at medlemsstaterne har mulighed for at vedtage en mere vidtgående beskyttelse end foreskrevet med direktivet.²¹ Direktivet beskæftiger sig alene med det civile retlige aspekt af hemmelighedens retsbeskyttelse. Det er dermed et rent nationalt anliggende, hvorvidt misbrug også skal kunne forfølges strafferetligt.

20. EUT L 157 af 15.6.2016, s. 1–18.

21. Det er imidlertid ikke klassisk minimumsharmonisering, men en art hybrid, idet direktivets art. 1 også indeholder elementer af totalharmonisering. Dette forklares nærmere i præambelens pkt. 10 »[direktivets indhold] bør ikke berøre medlemsstaternes mulighed for at fastsætte bestemmelser om mere vidtgående beskyttelse (...) af forretningshemmeligheder, så længe de garantier, der udtrykkeligt er fastsat i dette direktiv for beskyttelse af andre parter interesser, overholdes.«. De garantier som direktivet giver andre parter end forretningshemmelighedsindehaveren, er oplistet i art. 1 og omfatter: **art. 3** (former for retmæssig erhvervelse af forretningshemmeligheder, herunder reverse engineering), **art. 5** (fastlægger grænsen for forretningshemmelighedsbeskyttelsen, f.eks. tillades whistleblowing), **art. 6 og 7, stk. 1** (indeholder generelle processuelle garantier som at procedure og retsmidler skal være fair, rimelige og proportionale), **art. 8** (fastlægger en forældelsesfrist), **art. 9, stk. 1, andet afsnit** (hvornår hemmeligholdelsesforpligtelsen kan ophøre ifbm. en retssag) samt **art. 9, stk. 3 og 4** (angår bl.a. behandling af personoplysninger, der skal ske i overensstemmelse med direktiv 95/46/EF), og endelig **art. 10, stk. 2, art. 11, art. 13** samt **art. 15, stk. 3** (om anvendelsesbetingelser og garantier ifbm. midlertidige og endelige foranstaltninger ved misbrug af forretningshemmeligheden). De oprensede bestemmelser i direktivets art. 1 må anses for at være totalharmoniserede jf. for hele afsnit Riis i Udsen (red.), Borberg, m.fl., *Lærebog i informationsret*, (2016) s. 233.

Overordnet indfører direktivet en fælleseuropæisk ensretning dels af begrebet »forretningshemmelighed«, dels af hvad der betragtes som (u)lovlig adfærd samt af de civile retlige retsmidler tilgængelige ved misbrug. Konkret er direktivet opbygget af 20 artikler fordelt på fire kapitler. I **Kap. I** »Genstand og anvendelsesområde« findes en legal definition af »forretningshemmeligheder«, og den forpligtede/berettigede personkreds klarlægges. Videre opregnes forhold, der ikke berøres af direktivet (f.eks. informationsfrihed og arbejdstagers mobilitet). **Kap. II** »Ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse af Forretningshemmeligheder« angår de omstændigheder, der kvalificerer misbrug af hemmeligheden. Her findes én artikel om de tilladte handlinger, én artikel om de forbudte handlinger, og også én artikel om undtagelser, f.eks. whistleblowing. **Kap. III** »Foranstaltninger, procedurer og retsmidler« beskriver de klassiske civile retlige reaktionsmuligheder forbud, påbud og erstatning. Her findes også en forældelsesfrist på (maksimalt) 6 år samt bestemmelser om hemmeligholdelse i forbindelse med retssager. **Kap. IV** »Sanktioner, rapportering og afsluttende bestemmelser« er, bortset fra én artikel om tvangsbøder, af ren administrativ karakter.

Direktivets indhold stemmer i overordnede træk overens med den danske retsstilling, men der er dog punkter, hvor der må forventes ændring af de eksisterende regler, eksempelvis direktivets definition af forretningshemmeligheder og forældelsesfrist, idet der ikke findes tilsvarende i markedsføringsloven.

3. Den eksisterende beskyttelse af forretningshemmeligheder i dansk ret

I gældende dansk ret findes beskyttelsen af forretningshemmeligheder i både markedsføringsloven (herefter MFL) og straffeloven (herefter STRFL). Mens MFL giver et værn mod misbrug af hemmeligheden fra personer med lovlig adgang til virksomheden (dvs. ansatte, gæster mv.), giver STRFL's regler om industrispionage i §§ 263, stk. 3, 264, stk. 2 og 264c et værn mod misbrug af hemmeligheden fra fremmedes indtrængen. Reglerne supplerer således hinanden og søger tilsammen at udgøre en fuldstændig beskyttelse af erhvervslivets fortrolige oplysninger.²² Da direktivet alene angår det civile retlige aspekt af forretningshemmelighedens retsbeskyttelse, behandles industrispionage ikke videre i dette afsnit.²³

22. Jf. formulering i Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2012) s. 369.

23. Også konkurrence- og kundeklausuler samt immaterialretten falder uden for direktivets anvendelsesområde, og dermed også området for denne artikel. Af hensyn til artiklens omfang behandles heller ikke direktivets bestemmelser om hemmeligholdelse ifbm. en retssag.

3.1. Markedsføringsloven

3.1.1. Retsbeskyttelsens genstand

I MFL er det § 19, der regulerer beskyttelsen af erhvervslivets fortrolige viden. Men hvad er en forretningshemmelighed? I dansk ret eksisterer der ingen legal definition af begrebet. MFL § 19's ordlyd henviser blot til »erhvervshemmeligheder« uden nærmere retningslinjer for genstanden. Tilbage i 2014 opstillede jeg²⁴ – med inspiration fra Jeppe Høyer Jørgensen²⁵ – en tjekliste, eller definition om man vil. Denne består af fire krav, der skal imødekommes førend information kan kvalificeres som »erhvervshemmelighed« efter § 19;

1) **Oplysninger har økonomisk værdi**, dvs. oplysningerne skal have betydning for virksomhedens markedsposition, idet oplysningerne giver et forspring på det relevante marked, 2) **Oplysningerne har beskyttelseegnet karakter**, dvs. at arten af informationen er kommerciel viden, teknisk viden eller knowhow, eller en kombination af disse, 3) **Oplysningerne ikke er almindeligt tilgængelige**, dvs. er skabt/tilvebragt af virksomheden selv, og dermed ikke almen viden, almindelig brancheindsigt eller ansattes generelle erhvervs erfaring og faglig kunnen, 4) **Oplysningerne er hemmelige**, dvs. utilgængelige for udefrakommende, idet de behandles som interne ved alene at være delt med en udvalgt personkreds, og er underlagt et vist beskyttelsesniveau.

Mens de fire krav ovenfor er udledt ved gennemgang af forarbejder, praksis og litteraturen tilbage fra 1912 og frem, er de samtidig stort set identiske med betingelserne for »fortrolig information« i Verdenshandelsorganisationens TRIPS-aftale fra 1994.²⁶ MFL's § 19 beskytter ikke alene erhvervs/forretningshemmeligheder, men også erhvervslivets tekniske tegninger mv. jf. stk. 4. Genstanden er rørlige ting, såsom modeller, tekniske anvisninger eller kalkulationer, der er udarbejdet f.eks. til brug ved tilbudsafgivelse.²⁷ MFL § 19, stk. 4, yder altså en supplerende beskyttelse af de fortrolige forhold, som virksomheder er nødsaget til at dele med en lidt bredere kreds eksternt, og dermed ikke kan beskytte som forretningshemmelighed.

3.1.2. Retsbeskyttelsens omfang – rækkevidden og grænser

MFL § 19 forbyder ansatte, samarbejdspartnere og andre med lovlig adgang til en virksomhed på *utilbørlig* måde at opnå kendskab til/rådighed over dennes forretningshemmeligheder, samt *ubeføjet* at viderebringe eller benytte disse jf. stk. 1, 2 og 3. Videre må virksomheders tekniske tegninger mv. ikke *ubeføjet* benyttes eller videregives, jf. stk. 4. Hæleri af oplysninger er også forbudt jf. stk. 5.

24. Ben Soltane, *Den rettlige beskyttelse af erhvervshemmeligheden i samtiden og fremtiden*, Justitia nr. 2 (2015) s. 15.

25. Jørgensen, *Ansattes konkurrencehandling – Loyaltetspligt og markedsføringslovens §§ 1 og 19* (2010) s. 234.

26. Verdenshandelsorganisationens aftale om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), der i art. 39 (2) litra a-c, opstiller 3 betingelser til »fortrolig information«; denne skal være *hemmelig*, have *kommerciel værdi* samt undergivet *særlige foranstaltninger til sikring af hemmeligholdelse*.

27. Betænkning 416/1966 s. 98.

Ved *utilbørlig/ubeføjet* forstås, at handlingen foretages uden virksomhedens samtykke.²⁸ Retsbeskyttelsens omfang er begrænset til de tilfælde, hvor der er tale om ulovlig *erhvervelse, anvendelse og videregivelse* (f.eks. hvis en tidligere ansat anvender hemmelig viden på en ny arbejdsplads) samt hæleri af forretningshemmeligheder. MFL § 19 giver ikke virksomheder en eneret til den fortrolige information, da konkurrenter ikke kan forhindres i at komme i besiddelse af samme viden ved egen skabende indsats (selvstændige dobbeltfrembringelser). Reverse engineering er også tilladt.²⁹

3.1.3. Retlige reaktionsmidler og forældelse

Overtrædelse af MFL's § 19 kan håndhæves civilretligt ved forbud, erstatning eller vederlag jf. § 20 samt sanktioneres strafferetligt ved bøde eller fængsel indtil 1 år og 6 måneder jf. § 30, stk. 4. Dertil findes overbygningsbestemmelsen i STRFL § 299 a, med en strafferamme på fængsel indtil 6 år, som er relevant, hvor overtrædelsen af MFL § 19 er sket under skærpende omstændigheder.

Omfanget af retspraksis på området synes noget beskedent henset til at beskyttelse af erhvervslivets fortrolige forhold har eksisteret i over 100 år. Generelt ses overvejende afgørelser vedrørende tekniske forretningsoplysninger og knowhow, mens sager angående kommercielle forretningshemmeligheder er mere sparsomt repræsenteret.³⁰

På baggrund af den foreliggende retspraksis kan der udledes følgende hovedlinjer; De strafferetlige sanktioner spiller ikke en nævneværdig rolle. Der er endnu ikke udmålt en fængselsstraf efter § 30, stk. 4, og de idømte bøder er beherskede i både antal og størrelse.³¹ Samtidig ses overbygningsbestemmelsen i STRFL § 299 a ikke anvendt. Af de civile reaktionsmuligheder synes forbudssager efter MFL § 20, stk. 1 (der føres efter de almindelige processuelle regler i RPL³²) at samle sig om tre typesituationer; forbud mod en konkurrerende produktion, mod markedsføring over for den krænkede kunder og det egentlige samarbejdsforbud.³³ Erstatningsbeføjelsen i MFL § 20, stk. 2, er den i praksis foretrukne til at imødegå overtrædelser af § 19 og forudsætter opfyldelse af »dansk rets almindelige regler«. Praksis bærer præg af et »bastant«³⁴ tabsdokumentationskrav, og erstatningen udmåles som altoverve-

28. Ibid s. 97.

29. U 1974.463 H og Udsen, *De informationsretlige grundsætninger – studier i informationsretten* (2009) s. 298 f. Udsen mener dog, at reverse engineering nok ikke tillades i tilfælde, hvor »(...) det kræver noget helt ekstraordinært at udvinde informationen (...)«.

30. Borchert og Bøggild, *Markedsføringsloven* (2013) s. 524 og Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2012) s. 374.

31. Borchert og Bøggild, *Markedsføringsloven* (2013) s. 528. Til illustration kan fremhæves U 1996.1514 Ø (bøde på 5.000 kr.), 1975.1049 H (også bøde på 5.000 kr.), U 1950.292 S (bøde på 100 kr.) og U 1930.246 H (bøde 1.000 kr.).

32. Jf. MFL § 27 og Heide-Jørgensen, *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret* (2012) s. 58.

33. Denne opstilling af forbud findes i Madsen, *Markedsret del 2* (2015) s. 303 f.

34. Borchert og Bøggild, *Markedsføringsloven* (2013) s. 539.

jende hovedregel skønsmæssigt på baggrund af afsætningsstab, og til tider markedsforstyrrelser.³⁵ En krænket virksomhed får derfor sjældent dækket sit fulde tab. Lovgivers forsøg på at imødekomme denne restriktive erstatningspraksis i form af vederlagsreglen i MFL § 20, stk. 3 og 4, har ikke haft videre succes. Bestemmelsen giver en krænket part mulighed for at få tilkendt vederlag, hvor der foreligger et ansvarsgrundlag jf. § 20, stk. 3, mens også vederlag for krænkelser foretaget i god tro kan tildeles i det omfang det skønnes rimeligt jf. § 20, stk. 4. Vederlagsreglen fra 2005 ses endnu ikke i 2016 at være anvendt i relation til MFL § 19. Endelig er der i retspraksis en klar tendens til, at sager angående MFL § 19 som oftest indrager MFL's generalklausul i § 1 (hvorefter der skal udvises god markedsføringsskik).³⁶

I relation til forældelse findes der i MFL § 19 en frist på tre år efter ansættelsesforholdets, samarbejdsforholdets eller hvervets ophør. Denne angår imidlertid alene det strafferetlige ansvar, og der gælder således ingen tidsgrænse for at gøre et civilretligt ansvar gældende efter MFL.³⁷ Ved siden af dette står forældelseslovens frist på 3 år (maksimalt 10 år) for krav uden for kontrakt.

4. Den fremtidige beskyttelse af forretningshemmeligheder i dansk ret

I de følgende afsnit undersøges direktivets betydning for gældende dansk ret. Opbygningen følger samme struktur som gennemgangen af dansk ret under afsnit 3.

4.1. Genstand

Direktivets danske sprogversion anvender som omtalt i indledningen begrebet »forretningshemmelighed« i både titel og indhold, hvilket adskiller sig fra den ellers gældende betegnelse »erhvervshemmelighed« i dansk lovgivning. Et terminologiskifte i dansk ret er som udgangspunkt ikke absolut nødvendigt, da de to begreber dækker over samme materielle indhold.³⁸ Alligevel må det formodes, at direktivets betegnelse – »forretningshemmelighed« – indføres i dansk ret ved den fremtidige implementering.³⁹ Justering af både MFL, STRFL og retsplejelovens (herefter RPL) terminologi er herefter relevant.

Hvad angår genstanden, så indeholder direktivets art. 2 (1) en legal definition af forretningshemmeligheden. Her-

efter skal der være tale om information, som a) *ikke er almindelig 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 af*. Typen af beskyttelsesværdig information præciseres i præambelens pkt. 14, hvorefter både kommerciel og teknisk information samt knowhow omfattes. Det bemærkes, at direktivets definition er hentet fra den førnævnte TRIPS-aftale,⁴⁰ hvilket giver den nu harmoniserede forståelse af forretningshemmelighedens indhold en international dimension. Således er definitionen af en forretningshemmelighed enslydende for både EU og USA.⁴¹

Spørgsmålet er herefter, hvilken betydning direktivets definition vil have for dansk ret, hvor der netop *ikke* eksisterer en definition i lovgivningen. Som der blev redegjort for under pkt. 3.1.1, var det muligt at opstille en dansk definition for retsbeskyttelsens genstand på grundlag af forarbejder, retspraksis og litteratur. Denne indeholdte fire kriterier, der skulle opfyldes førend fortrolig information kunne kvalificeres som en forretningshemmelighed beskyttet efter MFL § 19. Når denne danske definition herefter sammenholdes med direktivets art. 2 (1), forekommer kravene – trods rækkefølge – stort set identiske:

1) Oplysninger skal have økonomisk værdi, dvs. oplysningerne skal have betydning for virksomhedens markedsposition, idet oplysningerne giver et forspring på det relevante marked [tilsvarende direktivets art. 2 (1) litra b], **2) Oplysningerne har beskyttelsesegnet karakter**, dvs. at arten af informationen er kommerciel viden, teknisk viden eller knowhow, eller en kombination af disse [tilsvarende direktivets præambel pkt. 14], **3) Oplysningerne er ikke almindeligt tilgængelige**, dvs. er skabt/tilvebragt af virksomheden selv, og dermed ikke almen viden, almindelig brancheindsigt eller ansattes generelle erhvervs erfaring og faglig kunnen [tilsvarende direktivets art. 2 (1) litra a], **4) Oplysningerne er hemmelige**, dvs. utilgængelige for udefrakommende, idet de behandles som interne ved alene at være delt med en udvalgt personkreds, og er underlagt et vist beskyttelsesniveau [tilsvarende direktivets art. 2 (1) litra c].

Det vurderes herefter, at der eksisterer overensstemmelse mellem de gældende krav til beskyttelsesobjektets indhold i dansk ret og direktivets definition i art. 2.⁴² En formel ændring af MFL § 19 er dog nødvendig, således at direktivets definition fremadrettet afspejles i ordlyden.

35. Betænkning nr. 1457/2005 s. 235.

36. Borcher og Bøggild, *Markedsføringsloven* (2013) s. 518.

37. Betænkning nr. 416/1966 s. 31.

38. Jf. analysen straks nedenfor og pkt. 4.2.2 i bemærkningerne til Lov nr. 1565 af 15. december 2015 om ansættelsesklausuler:

»Direktivets definition af forretningshemmeligheder svarer til definitionen af *erhvervshemmeligheder* i den gældende § 19«. Samme kilde i Hansen og Werlauff, *Forretningshemmeligheder – stærkere fremtidig beskyttelse*, Revision&Regnskabsvæsen nr. 6 (2016) s. 1.

39. Ny terminologi forventes også af Riis jf. Udsen (red.) og Borberg m.fl., *Lærebog i informationsret*, (2016) s. 231.

40. Verdenshandelsorganisationens aftale om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), der i art. 39 (2) litra a-c, opstiller 3 betingelser til »fortrolig information«; denne skal være *hemmelig*, have *kommerciel værdi* samt undergivet *særlige foranstaltninger til sikring af hemmeligholdelse*.

41. TRIPS definition er oprindeligt udformet efter definitionen i USA's Uniform Trade Secrets Act (1979) jf. Sousa e Silva, *What Exactly is a Trade Secret Under the Proposed Directive?*, Journal of Intellectual Property Law & Practice (2014) s. 1.

42. Lignede i Valentin og de Lara, *Beskyttelse af erhvervshemmeligheder i Danmark. Mulige konsekvenser ved implementeringen af det kommende forslag til EU-direktiv vedrørende forretningshemmeligheder*, NIR nr. 1/2015 s. 2. Se også note 38.

Når direktivet alene beskytter deciderede forretningshemmeligheder, opstår spørgsmålet, hvorvidt den gældende danske retstilling med en supplerende beskyttelse af tekniske tegninger mv. i § 19 stk. 4, kan opretholdes? Siden direktivets retlige status er minimumsharmonisering, er svaret hertil umiddelbart ja.⁴³ Der kræves derfor ingen videre ændringer af MFL i denne forbindelse.

4.2. Retsbeskyttelsens omfang – rækkevidde og grænser

Indledningsvis skal det fremhæves, at direktivets forpligtede personkreds er bredere end den danske. Direktivets »krænkende part« omfatter nemlig alle jf. art. 2 (3), og dermed må personkredsen i MFL § 19 udvides til også at omfatte personer uden lovlig adgang til virksomheden.

I dag er personer uden lovlig adgang omfattet af straffelovens bestemmelser om industrispionage, men §§ 263-264 c indeholder alene en strafferetlig regulering. Da direktivet angår det civilretlige aspekt, findes en udvidelse af MFL's personkreds derfor nødvendig.

Direktivet beskriver både den lovlige og den ulovlige adfærd (samt undtagelser), jf. art. 3-5, og adskiller sig lovteknisk fra den danske beskrivelse i én og samme bestemmelse. Hvad angår indholdet, så forbyder art. 4 *erhvervelse, brug og videregivelse* af en forretningshemmelighed uden samtykke. Også hæleri omfattes således. Direktivets retsstridige adfærd stemmer umiddelbart fint overens med de gældende danske regler, så længe der ses bort fra, at disse forbud beskrives i generelle termer i MFL § 19, mens art. 4 er ganske ordrig.

Trods det overordnede sammenfald mellem direktivet og dansk ret fsva. de ulovlige handlinger, giver art. 4 (2), litra b, anledning til nærmere overvejelser. Her beskrives misbrug af en forretningshemmelighed som tilfældet, hvor der handles i strid med »redelig erhvervspraksis«. I MFL § 19 anvendes der ikke en retlig standard til fastlæggelse af ulovlig adfærd, hvorfor det umiddelbart forekommer nødvendigt med en ændring. Dog bør det erindres, at MFL's generalklausul i § 1 indeholder et krav om, at der skal udvises »god markedsføringsetik«, samt at dansk retspraksis viser kumulativ anvendelse af §§ 1 og 19. Der kan derfor argumenteres for, at direktivets retlige standard, »redelig erhvervspraksis«, allerede er indeholdt i dansk ret i kraft generalklausulens »god markedsføringsetik«. Vurdering lyder herefter, at direktivets adfærdsnorm i art. 4 (2), litra b, formentlig blot giver anledning til en formel ændring af dansk ret.

I forhold til direktivets opremsning af de lovlige handlinger i hhv. art. 3 og 5, er det alene præcisering af reverse engineering og selvstændige dobbeltfrembringelsers tilladelighed, der kan genkendes i dansk ret. Det øvrige ind-

hold af art. 3 og 5 vil kræve materielle ændringer af gældende ret. Fremadrettet bør MFL § 19's ordlyd således afspejle, at en ellers ulovlig handling slet ikke kan retsfølges, hvis denne skete f.eks. for at beskytte »en legitim interesse anerkendt i EU-retten eller national ret«, for at »udøve retten til ytrings- og informationsfrihed« eller der er tale om *whistleblowing*.

Samlet set vil direktivets art. 3-5 nødvendiggøre en relativt omfattende ændring af MFL § 19.

4.3. Retlige reaktionsmidler – påbud, forbud og erstatning

Direktivet har i kap. III bestemmelser om midlertidige og permanente forbud og påbud. Indholdet spejles, med lidt umage, i MFL § 20 og RPL kap. 40 (samt dertilhørende praksis) og vil ikke bringe afgørende nyt til gældende ret.⁴⁴

Ét punkt har alligevel karakter af nyskabelse, og dette befinder sig i sfæren mellem forbud, påbud og erstatning. Efter art. 13 (3) skal det nemlig være muligt, under visse omstændigheder at betale kompensation som alternativ til at modtage påbud og forbud. En sådan håndhævelsesmulighed er ikke repræsenteret i hverken MFL eller RPL,⁴⁵ og ændring er derfor nødvendig ved implementering af direktivet i dansk ret.

Også direktivets art. 14 om *erstatning* vil kræve ændring af dansk ret. Fremover skal det være muligt at inddrage en krænkende parts uberettigede fortjeneste samt elementer af ikke-økonomisk skade i opgørelsen af et erstatningskrav. Efter MFL § 20, stk. 2, der følger »dansk rets almindelige regler«, er dette ikke muligt i dag.⁴⁶ Det bemærkes, at direktivets art. 14 om erstatning ligner direktiv 2004/48/EF om håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder.

Videre indeholder direktivet om forretningshemmeligheder i art. 14 (2) mulighed for, når hensigtsmæssigt, at »fastsætte erstatningen til et fast beløb på grundlag af elementer, der som minimum svarer til størrelsen af de gebyrer eller afgifter, som den krænkende part skulle have betalt, hvis vedkommende havde anmodet om tilladelse til at anvende den pågældende forretningshemmelighed«. Ifølge præambelens pkt. 30 kan denne alternative beregning foretages i tilfælde, hvor forretningshemmelighedens immaterielle karakter gør det vanskeligt at foretage en tabsopgørelse. I dansk ret ses en tilsyneladende lignende mulighed efter MFL § 20, stk. 3 og 4, om vederlag, der efter forarbejderne » (...) skal sikre, at den, der uberettiget udnytter en andens rettigheder, kommer til at betale et vederlag, der i princippet svarer til, hvad

43. Art. 2 er ikke omfattet af opremsningen i art. 1, og medlemsstaterne må dermed godt fastsætte en videregående beskyttelse end fastsat med direktivet jf. note 21. Denne konklusion står ikke uimodsagt. Riis forholder sig mere skeptisk over for opretholdelse af den supplerende danske beskyttelse af tekniske tegninger mv. jf. Udsen (red.) og Borberg m.fl., *Lærebog i informationsret*, (2016) s. 238.

44. Se samme konklusion i Hansen og Werlauff, *Forretningshemmeligheder – stærkere fremtidig beskyttelse*, Revision&Regnskabsvæsen nr. 6 (2016) s. 3.

45. Se samme konklusion i Erhvervs- og Vækstministeriets samlenotat til rådsmøde 3317 (konkurrenceevne) den 26. maj 2014 s. 6.

46. »Den fortjeneste, den krænkende erhvervsdrivende har oppebåret ved sin ulovlige handling, er uden betydning for erstatningsberegningen«, jf. Rapport fra udvalg om markedsføringsloven, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, juli 2016 s. 354. Videre præciseres det på s.355, at elementer af ikke-økonomisk skade ikke kan inddrages i erstatningen uden særskilt lovhjemmel.

vedkommende skulle have betalt, såfremt denne havde udnyttet rettighederne på lovlig vis, fx gennem en licens«.47 Dog er det i dansk ret muligt at opnå både erstatning og vederlag som følge af det samme retsstridige forhold48 (så længe der kun kræves erstatning for tab ud over, hvad der allerede måtte være dækket af et tilkendt vederlag). Vederlagsreglen adskiller sig altså fra direktivets art. 14 (2), hvis formål alene er at give retningslinjer for en alternativ erstatningsudmåling, hvor tabsopgørelse viser sig umulig. Vurderingen lyder herefter, at art. 14 kræver tilpasning af dansk ret.

Afslutningsvist knyttes en bemærkning til *tvangsbøderne* i direktivets art. 16, som er aktuelle ved manglende overholdelse af en forudgående realitetsafgørelse, f.eks. et forbud. I gældende dansk ret eksisterer der i MFL § 30, stk. 1, hjemmel til bøde, og endda fængsel, for tilsidesættelse af et af retten nedlagt forbud eller påbud (jf. også RPL § 430 angående manglende efterlevelse af midlertidige forbud og påbud). De mulige bøder efter dansk ret har imidlertid karakter af *engangsbøder*, og adskiller sig derved fra direktivets *tvangsbøder*, som kan pålægges løbende (f.eks. som daglige eller ugentlige tvangsbøder) indtil eksempelvis et påbud efterleves. Vurderingen lyder herefter, at direktivets implementering i dansk ret vil kræve ændring af MFL § 30, stk. 1 (samt RPL § 430 fsva. forretningshemmeligheder), således at der indsættes hjemmel til at idømme tvangsbøder.

4.4. Forældelse

Direktivets art. 8 indfører en forældelsesfrist på *maksimalt 6 år* for adgang til at iværksætte civilretlige følger af en krænkelse. Det er overladt til medlemsstaterne at bestemme, hvornår forældelsesfristen begynder at løbe, og omstændighederne for fristens afbrydelse eller suspension.

Forældelsesfristens længde var gennem den parlamentariske proces genstand for forhandling. I Kommissionens indledende direktivforslag, KOM 2013 (813) final, var fristen oprindeligt fastlagt til »mindst et, men højst to år efter den dato, hvor klageren blev eller havde grund til at blive bekendt med det sidste forhold, der har givet anledning til det retlige skridt« jf. art. 7. Forældelsesfristen på mindst et, men højst to år blev dog mødt med voldsom kritik.49 Rådet foreslog med deres »generelle indstilling« (ST 9870 2014), at fristens længde blev forlænget til »maksimalt 6 år«. Denne frist fandt vej til det vedtagne direktivs art. 8.

Spørgsmålet er da, om direktivets forældelsesfrist på maksimalt 6 år nødvendiggør en ændring af gældende dansk ret. MFL indeholder ikke en frist for det civilretlige ansvar,50 og en ændring er derfor nødvendig ifbm. direktivets implementering. Der eksisterer heller ingen foræl-

delsesfrist i relation til RPL's midlertidige foranstaltninger i kapitel 40 og 56-57. Her overlades det til domstolene at vurdere, hvorvidt parterne har udvist en sådan passivitet i forhold til at sikre deres rettighed, at de må afvente tvistens retlige afgørelse.51 En ændring af RPL er dermed også nødvendig.

Fremadrettet bør både MFL og RPL indeholde en forældelsesfrist for civilretlige skridt i anledning af krænkelse af en forretningshemmelighed. Hvad angår valg af forældelsesfristens konkrete længde, der kan løbe helt op til 6 år, må dette afgøres på implementeringstidspunktet. Forventningen herfra lyder, at der formentlig beslutes en frist på 3 år, da denne varighed genkendes på øvrige områder i dansk ret.

Det skal også undersøges, hvorvidt der i anledning af direktivets inkorporering også er behov for at justere forældelsesloven (herefter FL). Umiddelbart skulle der ikke være noget i vejen for at beholde den gældende periode på 3 års forældelse af krav uden for kontrakt i FL § 3. Dog konflikter direktivets frist på højst 6 år med FL's absolutte forældelsesfrist på 10 år, og dermed er der behov for at indsætte en særbestemmelse om forretningshemmeligheder i FL.52 Sammenfattende vil direktivets art. 8 kræve ændring af MFL, RPL og FL.

Alt i alt medfører direktivet om forretningshemmeligheder behov for en række ændringer af gældende dansk ret, herunder særligt MFL, men formentlig også STRFL, RPL og FL. De konkrete nødvendige tilpasninger opsummeres i artikels konklusion. Forinden vi når dertil, skal der perspektiveres til svensk ret.

5. Perspektivering; bør Danmark (også) have en speciallov om forretningshemmeligheder?

I det følgende afsnit fremsættes en mulig løsning på, hvordan den forestående implementering af direktivet om forretningshemmeligheder kan varetages i dansk ret. Inspirationen hertil er hentet fra svensk ret.53 Sverige har, som den eneste medlemsstat i EU, en særskilt lov om forretningshemmeligheder; *Lag om skydd för företagshemmeligheter (1990:409)*. Denne indeholder en definition af forretningshemmeligheden, kvalificerer, hvad der anses som misbrug af en sådan, og regulerer samtidig de civile retsmidler og strafferetlige sanktioner tilgængelige ved en krænkelse af den beskyttede fortrolige information.

47. Betænkning nr. 1457/2005 s. 235. Det bemærkes, at citatet i hovedteksten angår betænkningens omtale af immaterialretten, men er relevant, da den markedsføringsretlige vederlagsregel blev udformet med inspiration herfra.

48. Ibid s. 236.

49. F.eks. The International Chamber of Commerce, *ICC Comments on Proposal for EU Trade Secrets Directive* (2014) s. 2.

50. Fristen på tre år i MFL § 19's ordlyd angår alene de strafferetlige sanktioner. Det civilretlige ansvar kan derimod gøres gældende så længe beskyttelsesinteressen (hemmeligheden) fortsat eksisterer jf. Betænkning 416/1966 s. 21.

51. Jf. Erhvervs- og Vækstministeriets samlenotat vedrørende råds-møde 3317 (konkurrenceevne) den 26. maj 2014 s. 6.

52. Se samme konklusion angående særbestemmelse i Valentin og de Lara, *Beskyttelse af erhvershemmeligheder i Danmark. Mulige konsekvenser ved implementeringen af det kommende forslag til EU-direktiv vedrørende forretningshemmeligheder*, NIR nr. 1/2015.

53. Forslag om en dansk lov om forretningshemmeligheder er tidligere fremsat i Ben Soltane, *Den retlige beskyttelse af erhvershemmeligheden i samtiden og fremtiden*, Justitia nr. 2 (2015) og Nielsen, *Erhvershemmelighedsværnet i Norden og EU*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2014.347.

I dansk ret er beskyttelsen af forretningshemmeligheden som bekendt placeret både i MFL og STRFL. Vi har i de forgående afsnit set, at der eksisterer forskelle mellem det gældende danske og det fremtidige EU-retlige retsværn. Dette betyder, at der vil opstå behov for revision af gældende dansk ret, når direktivet skal implementeres. Det synes herefter oplagt at spejle til vores svenske nabo og overveje, om deres løsning på retsbeskyttelse af forretningshemmeligheden i form af en speciallov kunne være egnet også i Danmark. Med andre ord: bør Danmark (også) have en speciallov om forretningshemmeligheder?

Grundtanken om at samle den danske reguleringen af forretningshemmeligheder ét sted er ikke ny. F.eks. blev det i betænkning 1457/2005 om markedsføring og prisoplysning (s. 192) overvejet at flytte MFL's beskyttelse af forretningshemmeligheder til STRFL. Drøftelserne blev opgivet primært under henvisning til de lovtekniske og systematiske vanskeligheder, der vil være forbundet med en sådan løsning. En særskilt lov om forretningshemmeligheder har dog aldrig været på tale.

Den svenske model synes at være et fordelagtigt bud på, hvordan direktivet kan implementeres i dansk ret. Ved at vedtage en dansk lov om forretningshemmeligheder imødekommes det lovtekniske besvær, der ellers måtte være forbundet med ændring af MFL for at bringe denne i overensstemmelse med direktivets indhold. Som det ser ud nu, vil det ellers være noget af en opgave at revidere MFL § 19's ordlyd (og til dels § 20), således at direktivets regulering på i alt 20 artikler er afspejlet. En dansk lov om forretningshemmeligheder vil således give et bedre grundlag for en omfattende og detaljeret regulering.

En speciallov om forretningshemmeligheder skulle ikke bare inkorporere direktivets civilretlige regulering, men bør også indeholde den nationale strafferetlige regulering. Det foreslås, at også STRFLs bestemmelser om industri-spionage overflyttes til denne mulige speciallov om forretningshemmeligheder.⁵⁴ Fordelen vil være, at den gældende (noget uhensigtsmæssige) sondring mellem MFL og STRFL ophæves, således at alle forhold fremover reguleres af samme retsgrundlag, uanset om den krænkende person har haft lovlig adgang til virksomheden eller ej. Dermed vil specialloven skabe en (tiltrængt) gennemsigtighed på retsområdet ved at samle alle relevante bestemmelser i én og samme lov.

Ud over at skabe et mere forenklet overblik over retsområdet, vil en dansk lov om forretningshemmeligheder formentlig styrke den præventive effekt, idet forbuddet mod misbrug i høj grad synliggøres ved en særlov, frem

for at være reguleret i en håndfuld bestemmelser spredt over hhv. MFL og STRFL. Under alle omstændigheder vil en speciallov understrege forretningshemmelighedens praktiske betydning samt lovgivers fornyede prioritering af retsområdet. Det bemærkes, at samme overvejelser om en speciallov har vundet genlyd flere steder i EU i forlængelse af direktivets vedtagelse, f.eks. i Finland.⁵⁵

Der eksisterer naturligvis argumenter mod en speciallov om forretningshemmeligheder. Første vil være det store administrative arbejde forbundet med udarbejdelsen. Til dette må det blot påmindes, at man alligevel står over for en udfordring med direktivets implementering i dansk ret, uanset hvilken løsningsmodel (revision af MFL/vedtagelse af ny lov), der i sidste ende foretrækkes. Et andet modargument kan være, at emnet indholdsmæssigt hører til den generelle regulering af markedsadfærd, og derfor bør bevares i MFL. Denne betragtning hviler på en meget traditionel tilgang til markedsføringsretten, hvis dage måske er talte. Dette understøttes af, at der i skrivende stund er en revision af MFL undervejs,⁵⁶ og Erhvervs- og Vækstministeriet i denne forbindelse supplerende har udtalt, at »(...) det er ministeriets umiddelbare vurdering, at det vil være hensigtsmæssigt at gennemføre direktivet i en ny hovedlov«.⁵⁷

Den samlede vurdering lyder herefter, at implementering af direktivet om forretningshemmeligheder i dansk ret bedst varetages ved en speciallov, hvilket bliver dette afsnits afsluttende anbefaling.

6. Konklusion

Denne artikel har behandlet det netop vedtagne direktiv om beskyttelse af forretningshemmeligheder og dets betydning for dansk ret. Den gældende danske beskyttelse af forretningshemmeligheder findes i markedsføringslovens § 19 samt straffelovens bestemmelser om industrispionage. Mens direktivets minimumsforpligtelser allerede er opfyldt i større eller mindre grad i dansk ret, er der samtidig også nyskabelser.

Direktivet introducerer en **ny begrebsanvendelse**, og beskyttelsesobjektet betegnelsen forventes fremover at være »forretningshemmelighed« frem for det ellers gældende danske begreb »erhvervshemmelighed«. Samtidig er direktivets legale **definition** af forretningshemmeligheden en nyskabelse, trods indholdet umiddelbart var udtryk for kodifikation. Direktivets **personkreds** kræver som noget nyt, at også personer med ulovlig adgang skal omfattes i markedsføringsloven. Også direktivets **retsstridige adfærd** er ny, da både den ulovlige og den lovlige adfærd (samt udtagelser) beskrives, hvilket formelt er

54. Forslaget er ikke ensbetydende med, at forretningshemmelighederne nødvendigvis helt skal fjernes fra STRFL. Der ligger en meget betydelig signalværdi i at have et forhold omfattet af STRFL, hvilket skal respekteres. I forlængelse af inkorporering af industrispionagen i den foreslåede speciallov om forretningshemmeligheder kunne man derfor vælge at indsætte en *strafoverbygningsbestemmelse* i STRFL for de særligt grove overtrædelser af den nye speciallov (evt. med inspiration fra det nuværende samspil mellem MFL §§ 19 og 30 og STRFL § 299 a).

55. Advokat Johanna Lähde opfordrer i *Harmonising Europe's Trade Secrets – New Directive Approved*, lexology.com, d. 2. juni 2016, Finland til at følge Sveriges eksempel med en speciallov.

56. Forslag til en ny MFL sendes i høring over sommeren 2016, og forventes vedtaget i 2017 jf. Erhvervs- og Vækstministeriets presse-meddelelse d. 1. juli 2016, *Ny forenklet markedsføringslov skal understøtte velfungerende markeder*.

57. *Rapport fra udvalg om markedsføringsloven*, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, juli 2016 s. 350.

forskelligt fra den generelle danske regulering. Videre medfører direktivet også materielle ændringer, idet der fremover skal gælde regler om bl.a. whistleblowing. Nyt er det også, at direktivet indfører en **forældelsesfrist** på højst 6 år for adgang til civilretlig håndhævelse af en krænkelse. En sådan ses ikke i den gældende markedsføringslov eller retsplejelov, og fristen konflikter med forældelseslovens absolutte frist på 10 år. Endelig er det også nyt, at det i særlige tilfælde skal være muligt at betale kompensation frem for at modtage **påbud og forbud**, at der skal kunne inddrages ikke-økonomisk skade i opgørelse af **erstatningskrav** samt at der skal kunne idømmes **tvangsbøder** for tilsidesættelse af et af retten nedlagt forbud eller påbud.

Sammenfattende vil implementering af direktivet om forretningshemmeligheder altså kræve en række ændringer af gældende dansk ret, herunder markedsføringslo-

ven og formentlig også straffeloven, retsplejeloven og forældelsesloven.

Artiklen anbefaler desuden gennemførelse af direktivet i dansk ret ved en ny speciallov om forretningshemmeligheder, med forbillede i svensk ret. Fordelene er bl.a., at man undgår det lovtekniske besvær, der ellers måtte være forbundet ved inkorporering af direktivets 20 artikler i (bl.a.) markedsføringsloven, at der skabes større gennemsigtighed på retsområdet, samt at forretningshemmelighedernes praktiske betydning understreges.

Danmark har nu indtil senest juni 2018 til at overveje, hvorledes opgaven med at implementere direktivet i dansk ret skal løses. Spørgsmålet er da, om inkorporering vil ske ved en revision af MFL, der alligevel er undervejs i skrivende stund, eller som foreslået i denne artikel, ved en helt ny lov om forretningshemmeligheder.