

3. november 2017

Fælles høringsbidrag fra Dansk Erhverv, Dansk Industri og Landbrug & Fødevarer til lovudkast om forretningshemmeligheder (implementering af direktivet om forretningshemmeligheder)

- Vi støtter regeringens intentioner om at implementere direktivet i en ny hovedlov og finder det glædeligt, at der med loven nu kommer tiltrængte definitioner af begrebet 'forretningshemmelighed' samt afklaring af lovlig henholdsvis ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse mv.
- Det er vores primære anbefaling, at implementeringen først og fremmest efterlever direktivets formål om at sikre et *ensartet højt niveau i EU for beskyttelse og håndhævelse af forretningshemmeligheder*. Det indebærer, at den danske lovgivning forholder sig tættest muligt til direktivet, og at der ikke indføres danske særregler, som er i modstrid med de interesser, direktivet skal varetage, og som risikerer at stille danske virksomheder ringere end deres konkurrenter i de øvrige EU-lande.
- Vi anerkender, at forretningshemmeligheder ikke konkret har karakter af IPR, da der ikke er en eksklusiv rettighed knyttet til en forretningshemmelighed. Det er imidlertid vores klare opfattelse, at en forretningshemmelighed udgør intellektuel ejendom (IP). På det grundlag anbefaler vi, at implementeringen tager højde for TRIPS-aftalen og sker i nær sammenhæng med eksisterende lovgrundlag og praksis for IPR-beskyttelse og –håndhævelse.

Vores bemærkninger til lovudkastets enkelte dele skal endvidere ses på baggrund af, at der er fastslået et stort behov for en bedre beskyttelse af virksomhedernes forretningshemmeligheder i Europa med mere effektive håndhævelsesmuligheder. Baggrunden herfor er bl.a.:

- Ønske om at styrke iværksætteri, idé-, produkt- og forretningsudvikling. Heri indgår, at produkter, forretningsmodeller og processer i deres udgangspunkt er hemmelige for konkurrenter og omverdenen, samt at alt, der på et senere tidspunkt IPR-beskyttes, oprindeligt tager afsæt i en forretningshemmelighed.
- Forretningshemmeligheder er nødvendige for at komplementere det forhold, at ikke alt kan IPR-beskyttes. Tilsvarende kan virksomheders konkrete strategiske overvejelser have betydning for, at man vælger at anvende forretningshemmeligheder frem for IPR.
- Omkostninger, kompleksitet, ukendskab etc. er årsager til, at især iværksættere og SMV'er undlader - eller forpasser muligheden for - at IPR-beskytte de forretningshemmeligheder, som ofte udgør et fundamentalt grundlag for deres virksomhed og vækstpotentiale.
- Indgåelse af samarbejder og partnerskaber mellem to eller flere virksomheder og forskningssamarbejder mellem virksomheder og universiteter mv. forudsætter ofte gensidig udveksling og indsigt i hinandens forretningshemmeligheder.

- Den markante stigning i industrispionage i form af hacking, phishing etc. øger risikoen for ulovlig digital indtrængen i virksomhedernes essentielle forretningshemmeligheder.
- Cyber-kriminalitet reducerer samtidig virksomhedernes muligheder for at opdage uretmæssig erhvervelse, overdragelse eller brug af deres forretningshemmeligheder.

Bemærkninger til enkelte dele af lovudkastet

Anvendte definitioner

Vi tilslutter os den direktivnære implementering, der lægges op til i lovudkastet. For at opnå et ensartet højt beskyttelsesniveau, er det helt afgørende, at dansk lovgivning ikke divergerer fra direktivets definitioner.

Begreberne lovlig erhvervelse, overdragelse og brug af forretningshemmeligheder

Vi støtter den tekstnære implementering i selve lovtekstens § 3, men har to reservationer i tilknytning til bemærkningerne:

- Lovteksten til § 3, stk. 1, omhandler lovlig *erhvervelse*, hvilket stemmer overens med direktivets ordlyd. Af de generelle bemærkninger afsnit 2.4.3 (side 16) fremgår (fejl-agtigt), at direktivet "... fastsætter, at det er lovligt at *erhverve, bruge eller videregive...*". Tilsvarende omtaler bemærkningerne til § 3 (side 68), at den konkrete bestemmelse tillige handler om *brug* og *videregivelse*. Direktivet giver efter vores opfattelse ikke grundlag for denne udvidelse, og vi anbefaler, at bemærkninger til § 3, stk. 1, begrænses til at handle om lovlig *erhvervelse*.
- Vi kan ikke tilslutte os behovet for i bemærkningerne at fortolke kriterier, der angiver, hvornår *reverse engineering* ikke falder under anvendelsesområdet (bemærkninger til § 3, side 69, fjerde afsnit). Direktivet giver efter vores opfattelse ikke grundlag for en sådan indskrænkende fortolkning, der blot bidrager til at skabe usikkerhed om retstilstanden. Vi anbefaler derfor, at det konkrete afsnit udelades.

Begreberne ulovlig erhvervelse, overdragelse og brug af forretningshemmeligheder

Vi støtter den tekstnære implementering i lovudkastets § 4, der samtidig indebærer en tilfredsstillende videreførelse af den nuværende bestemmelse i markedsføringslovens § 23, stk. 2.

Undtagelser fra ulovlig videregivelse

Vi støtter forslagets implementering af direktivets undtagelsesbestemmelser til ulovlig videregivelse og i tilknytning hertil bemærkningerne i relation til placering af bevisbyrden.

Håndhævelse - generelt

Vi betragter forretningshemmeligheder som intellektuel ejendom (IP) og finder det derfor både naturligt og nærliggende, at en effektiv håndhævelse af forretningshemmeligheder sker i overensstemmelse med retsplejelovens bestemmelser angående immaterielret-tigheder mv.

For indehavere af forretningshemmeligheder er det afgørende, at der kan handles hurtigt i tilfælde, hvor der opstår formodning om, at en forretningshemmelighed enten er ulovligt erhvervet, brugt eller videregivet – eller hvor det potentielt er ved at forekomme.

Bevissikring

Effektiv bevissikring har her afgørende betydning både i forhold til hurtigst muligt at få stoppet ulovlige aktiviteter og i forhold til at kunne fremlægge beviser for domstolen.

Til brug for bevissikring anbefaler vi konkret en anvendelse af retsplejelovens kapitel 57a. Det kan ske ved i § 653, stk. 2, at tilføje krænkelse af forretningshemmeligheder, som en ny nr. 15. I tilknytning hertil bemærkes, at bestemmelsen i forvejen finder anvendelse vedrørende overtrædelser af markedsføringslovens §§ 3 og 4, der ifølge de generelle bemærkninger vil kunne anvendes i samspil med lov om forretningshemmeligheder.

Det er naturligvis afgørende, at bevissikringen finder sted på en måde, der hensigtsmæssigt afvejer parternes interesser, så den finder sted uden unødigt risici for rekvisitus forretningshemmeligheder, der ikke har relevans for den påståede krænkelse.

Saglig kompetence

I tilknytning til ovenstående støtter vi de intentioner, der er anført i bemærkningerne (side 54-55) om, at Sø- og Handelsrettens saglige kompetence også kommer til at omfatte civile sager efter denne lov, og at dette vil blive indført med et kommende forslag til ændring af retsplejelovens § 225, stk. 2. Efter vores opfattelse harmonerer det med, at Sø- og Handelsretten allerede i dag har kompetencen for civile sager efter markedsføringslovens § 23 og beslægtede sagsområder.

Midlertidige afgørelser om forbud

For så vidt angår foreløbige forbud, noterer vi os, at intentionen med § 8, stk. 4, ifølge bemærkningerne er at indføre en yderligere betingelse for, hvornår et forbud eller påbud kan ophæves, og dermed begrænse muligheden for ophævelse. Bestemmelsens konkrete formulering medfører imidlertid i stedet, at der er en ekstra mulighed for at få et forbud ophævet. Således vil et forbud, meddelt efter stk. 1, kunne ophæves blot betingelserne i retsplejelovens § 426, er opfyldt. Det strider både mod direktivet og bemærkningerne.

Endvidere ser vi gerne, at det tilføjes, at denne betingelse *hverken direkte eller indirekte* kan tilregnes sagsøgte (tilsvarende § 12, stk. 3, 2. pkt.).

Vi anbefaler derfor, at bestemmelsen i stedet formuleres, så der tages højde for ovenstående, og foreslår konkret: *"For at et forbud eller påbud efter stk. 1 kan ophæves helt eller delvist er det, ud over hvad der følger af retsplejelovens § 426, endvidere en betingelse, at de oplysninger, der har dannet grundlag for forbuddet eller påbuddet, ikke længere udgør en forretningshemmelighed efter denne lovs § 2, nr. 1, og at dette skyldes årsager, der hverken direkte eller indirekte kan tilregnes sagsøgte."*

Domme om forbud og påbud

Vi noterer os, at § 12, stk. 3, taler om, at retten kan begrænse varigheden af foranstaltninger efter stk. 1, nr. 1 og 2. Vi genfinder imidlertid muligheden for at begrænse varigheden af de foranstaltninger, der er nævnt i stk. 1, nr. 2, i hverken den pågældende bestemmelse eller i direktivets artikel 12, stk. 1, litra b. Vi anbefaler derfor, at lovudkastets § 12, stk. 3, alene omhandler begrænsning af varigheden af foranstaltninger efter stk. 1, nr. 1.

Beskyttelse af forretningshemmeligheder under en retssag

Fortsat beskyttelse af forretningshemmeligheder under en retssag er essentiel for indehaveren. Det er derfor af stor betydning, at der er klarhed over, hvordan retten i praksis

skal træffe afgørelse om at identificere en forretningshemmelighed som fortrolig således, at den efter § 6, stk. 1, nyder fortsat beskyttelse. Vi anbefaler derfor, at det beskrives, hvordan man i praksis opfylder direktivets formulering om, at det skal ske på baggrund af en ”behørigt begrundet anmodning” fra en part. Herunder bør det være muligt for en part at få retten til at tage stilling til, hvorvidt en oplysning er at betragte som fortrolig, forud for at parten fremlægger oplysningen.

Dette vil dels sikre, at parten har mulighed for at undlade at fremlægge oplysningen i sagen, hvis retten vurderer, at oplysningen ikke er fortrolig. Det vil samtidig dels sikre, at modparten allerede i det øjeblik, oplysningen fremlægges under sagen, er bekendt med, at oplysningen ikke må bruges eller videregives. Uden sådanne regler er der risiko for, at virksomheder vil undlade at fremlægge fortrolige oplysninger under en retssag, da de ikke kan vide sig sikre på, om oplysningerne vil kunne bruges eller videregives af modparten.

Søgsmål

Ulovlig erhvervelse, brug eller videregivelse af forretningshemmeligheder sker i sagens natur uden forretningshemmelighedsindehaverens vidende. Det sker i endnu højere grad i en digital tidsalder, hvor såvel ulovlig indtrængen som efterfølgende ulovlig videregivelse kan ske uden at efterlade åbenlyse spor.

Uanset hvordan den ulovlige erhvervelse, brug eller videregivelse af forretningshemmeligheder finder sted, vil der fra det tidspunkt, hvor forretningshemmelighedsindehaveren vurderer at have tilstrækkeligt kendskab til den, forestå et betydeligt, omkostningsfuldt og ofte meget komplekst arbejde med at indsamle tilstrækkeligt grundlag forud for anmodning om midlertidige forbud og påbud efter § 14, stk. 1. og anlægge søgsmål efter § 14, stk. 2.

Direktivet overlader det til medlemslandene at indsætte en frist for sådanne anmodninger og sagsanlæg, der ikke må være længere end seks år. Denne frist er sat ud fra hensynet til at sikre effektive håndhævelsesmuligheder og vel vidende, at forberedelserne bl.a. inkluderer indsamling og analyse af beviser, gennemgang af it-systemer, identifikation af potentielle krænker mv.

Vi finder, at hverken lovudkastets § 14, stk. 1, eller stk. 2 med de foreslåede tidsfrister på blot seks måneder på dette område efterlever direktivets formål og hensyn. Så korte tidsfrister svarer i vores optik til at indføre nationale særregler med negative konsekvenser for danske virksomheder, der udsættes for (potentiel) krænkelse af deres forretningshemmeligheder.

Ud fra ovenstående samt det yderligere hensyn, om at nationale regler bør undlade at anspore til forumshopping, anbefaler vi, at søgsmålsfristen til anmodning om midlertidige afgørelse om forbud og påbud i medfør af lovudkastets § 8 bliver betragteligt længere, end de seks måneder lovudkastet lægger op til.

For så vidt angår søgsmålsfristen angivet i lovudkastets § 14, stk. 2, ser vi heller ikke her hverken behov eller grundlag for at indføre særregler for forretningshemmeligheder, der ovenikøbet er til ugunst for forretningshemmelighedsindehaveres retssikkerhed. Dette gælder, særligt fordi der er tale om en fuld prøvelse med endelig retskraft ved endelig dom. Der ses derfor ikke at være en nødvendig begrundelse for at indskrænke søgsmålsfristen på dette område.

Udgangspunktet i dansk ret er, at der ikke findes en almindelig søgsmålsfrist for sager under den borgerlige retsplejes former, jf. retsplejelovens kapitel 40. Reglerne om forældelse vil i praksis motivere sagsøger til at indlede retslige skridt inden forældelsesfristens udløb. Vores anbefaling er derfor, at denne bestemmelse udgår; alternativt, at bestemmelsens søgsmålsfrist på seks måneder erstattes med en søgsmålsfrist på seks år

Erstatning

Behovet for at styrke beskyttelsen af forretningshemmeligheder tilsiger, at erstatningsniveauet skal medvirke til at sikre indehavere af forretningshemmeligheder mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse.

Når det fremgår af direktivets artikel 14, stk. 1, at den krænkende part skal betale en erstatning, "*... der står i rimeligt forhold til den skade [forretningshemmelighedsindehaveren] har lidt...*" er der efter vores opfattelse et klart grundlag for at tildele erstatninger, som er mere proportionale i forhold til den lidte skade end den, der følger af eksisterende praksis efter markedsføringsloven.

Vi finder det særdeles positivt, at også krænkerens fortjeneste kan indgå i erstatningsudmålingen og kan henvise til den praksis, vi er bekendt med fra andre europæiske lande, hvor det er forhold, som indgår i de tilkendte erstatninger. Indførelsen af tilsvarende praksis i denne lov ville, efter vores opfattelse, bringe den i bedre overensstemmelse med den generelle forpligtelse i direktivets artikel 6, stk. 2, litra c, der pålægger medlemslandene at indføre retsmidler mv., der skal være effektive og have en afskrækkende virkning.

Vi anbefaler, at det i bemærkningerne gøres klart, at implementeringen af direktivet indebærer en tiltrængt mulighed for at justere niveauet for erstatningsudmålinger, så den krænkede part reelt kan få tilkendt erstatning, der ligger væsentligt højere end "*rimeligt vederlag for udnyttelsen af forretningshemmeligheden*".

Sanktioner

Vi noterer os, at det af de almindelige bemærkninger (s. 21) fremgår, at intentionen er at opretholde en sondring mellem strafferetlige sanktioner mod personer indefra henholdsvis udefra. Denne sondring fremstår imidlertid ikke klart for os, når vi sammenholder formuleringen i lovudkastets §§ 4 og 18 med bemærkninger til § 4. Vi anbefaler derfor, at der bringes tydeligere overensstemmelse mellem lovteksten og bemærkningerne.

Vi står naturligvis til rådighed såfremt dette måtte give anledning til spørgsmål mv.

Sven Petersen
Erhvervsjuridisk fagchef
Dansk Erhverv

Lars Holm Nielsen
Chefkonsulent
Dansk Industri

Sofie Faltum
Juridisk konsulent
Landbrug & Fødevarer