

HVAD ER EN FORRETNINGSHEMME- HEMME- LIGHED?



AF ADVOKAT STURE RYGAARD
OG ADVOKAT EMIL JURCENOKS,
PLESNER ADVOKATPARTNERSKAB

Som beskrevet i det seneste nummer af Dansk Biotek (nr. 1/marts 2017, s. 20-21) vil EU-direktivet om beskyttelse af forretningshemmeligheder blive implementeret i Danmark igennem vedtagelse af en ny og selvstændig lov om forretningshemmeligheder. Mens vi venter på lovforslaget, der nu forventes at blive sendt i høring i september 2017, er der lejlighed til at få genopfrisket, hvilke oplysninger der udgør forretningshemmeligheder. Vi vil til sidst i artiklen desuden komme med nogle forslag til, hvilke konkrete tiltag der allerede på nuværende tidspunkt bør iværksættes.

Vi har i Danmark på nuværende tidspunkt ikke en lovmæssig definition af begrebet "forretningshemmelighed". Den kommende lov kommer imidlertid ligesom det bagvedliggende direktiv til at indeholde en lovmæssig definition af begrebet "forretningshemmelighed". Ifølge direktivet består begrebet "forretningshemmelighed" af oplysninger, som opfylder følgende tre krav:

"a) de er hemmelige i den forstand, at de ikke i deres helhed eller i den præcise konfiguration eller sammensætning af deres komponenter er almindeligt kendt blandt eller umiddelbart tilgængelige for personer i de kredse, der normalt beskæftiger sig med den pågældende type oplysninger,

b) de har handelsværdi, fordi de er hemmelige,

c) de er af den person, som lovligt kontrollerer oplysningerne, under de givne omstændigheder blevet underkastet rimelige foranstaltninger til hemmeligholdelse."

Direktivets definition af begrebet "forretningshemmelighed" er nærmest identisk med definitionen i TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) og svarer nogenlunde til de definitioner, der er udviklet i den juridiske litteratur på baggrund af dom-

stolene domme om forretningshemmeligheder.

Forretningshemmeligheder opdeles traditionelt i to kategorier: (1) kommercielle oplysninger og (2) tekniske oplysninger.

Kommercielle oplysninger, der kan udgøre forretningshemmeligheder, kan f.eks. være kundejournaler, kundekartoteker, leverandørforbindelser, strategiplaner, markedsanalyser, konkurrentanalyser, regnskabsforhold, priskalkulationsmetoder, dækningsbidrag, indkøbspriser, en virksomheds lønniveau mv.

Tekniske oplysninger, der kan udgøre forretningshemmeligheder, kan f.eks. være opskrifter, test- og forskningsresultater (herunder fejlslagne forsøg), processer, beskrivelser, know-how, modeller, tegninger mv.

Om de pågældende oplysninger udgør forretningshemmeligheder, beror imidlertid på en konkret vurdering.

En virksomheds leverandører kan f.eks., som nævnt, udgøre en forretningshemmelighed. Hvis der inden for en bestemt branche kun er ganske få leverandører, vil kendskabet til de pågældende leverandører imidlertid være "almindeligt kendt blandt eller umiddelbart tilgængelige for personer i de kredse, der normalt beskæftiger sig med den pågældende type oplysninger", og så er der ikke tale om en forretningshemmelighed.

Der er heller ikke tale om forretningshemmeligheder, hvis de pågældende oplysninger kan betragtes som en persons mere generelle erhvervs erfaring og faglige kunnen inden for et bestemt område. Virksomheden skal naturligvis ikke tåle, at en tidligere medarbejder benytter virksomhedens forretningshemmeligheder, når medarbejderen tager job hos virksomhedens konkurrent. Den tidligere medarbejder har på den anden side krav på at kunne benytte sin generelle erhvervs erfaring og faglige kunnen i forbindelse med sit nye job. Direktivet fastslår da også, at "*intet i [direktivet] må forstås således, at det giver anledning til*

at begrænse arbejdstagernes mobilitet", og at direktivet navnlig ikke giver anledning til "at begrænse arbejdstagernes brug af erfaringer og kompetencer, som de normalt og på ærlig vis erhverver i løbet af deres ansættelse". Afgrænsningen af forretningshemmeligheder over for generel erhvervs erfaring og faglig kunnen giver imidlertid anledning til store vanskeligheder i praksis, særligt i forhold til tekniske oplysninger.

Det er, som nævnt, endvidere et grundlæggende krav, at de pågældende oplysninger er hemmelige.

Det er klart, at hvis virksomheden selv offentliggør oplysninger på sin hjemmeside, i regnskaber, under messer el. lign., så er sådanne oplysninger ikke længere hemmelige. Nogle virksomheder betragter f.eks. omsætningstal som forretningshemmeligheder, mens sådanne oplysninger rutinemæssigt offentliggøres af andre virksomheder. Nogle virksomheder betragter endvidere f.eks. oplysninger om virksomhedens kunder som forretningshemmeligheder, mens andre kan se en fordel i at offentliggøre sådanne oplysninger som referencer.

Oplysninger i tilbudsmateriale, der sendes ud til mange, vil desuden ikke kunne betragtes som hemmelige. Det er også fastslået i retspraksis, at paradigmer til kontrakter og breve mv., der sendes ud af huset, kompendier/serviceaftaler, der står ude hos kunderne, og forretningsbetingelser og samarbejdsaftaler med kunder, ikke kan betragtes som forretningshemmeligheder.

De produkter, som en virksomhed markedsfører og sælger, udgør heller ikke forretningshemmeligheder, og de oplysninger om produktet, som man kan finde frem til ved undersøgelser og analyser heraf (reverse engineering), udgør heller ikke forretningshemmeligheder.

Ifølge direktivets definition af begrebet "forretningshemmelighed" er det endvidere ikke tilstrækkeligt til at kunne betegne oplysninger som forretningshemmeligheder, at oplysningerne er hemmelige. Det er også et krav, at oplysningerne "under de givne omstændigheder [er] blevet underkastet rimelige foranstaltninger til hemmeligholdelse". Det er principielt også et krav efter de nugældende regler, men det er ikke en problemstilling, der indtil nu har fået meget opmærksomhed i praksis. Da det nu fremgår udtrykkeligt af direktivets definition af begrebet "forretningshemmelighed", vil spørgsmålet om, hvilke foranstaltninger der må anses for "rimelige" under de givne omstændigheder, imidlertid utvivlsomt blive et stridspunkt i kommende sager om forretningshemmeligheder. Er det i alle tilfælde tilstrækkeligt, at der er lås på hoveddøren? Eller afhænger afgørelsen af spørgsmålet af en konkret vurdering af de enkelte oplysninger? Med den konsekvens, at oplysninger, der i udgangspunktet oplagt må betragtes som forretningshemmeligheder, skal være underlagt skærpede foranstaltninger for at kunne betragtes som forretningshemmeligheder? Eller med den konsekvens, at oplysninger, der i udgangspunktet oplagt må betragtes som forretningshemmeligheder, ikke behøver at være underlagt skærpede foranstaltninger for at kunne betragtes som forretningshemmeligheder? Eller afhænger det af den konkrete virksomhed, således at der stilles større krav til den store professionelle virksomheds sikring af oplysninger om virksomhedens dækningsbidrag, end der stilles til bagerens hemmelige opskrift på byens bedste romkugler? Det er uvist, hvordan denne del af definitionen vil blive fortolket af domstolene, og det vil, som på mange

andre områder, i sidste ende være op til EU-domstolen.

Sikkert er det imidlertid, at alle virksomheder allerede nu bør sikre sine forretningshemmeligheder bedst muligt med henblik på at minimere risikoen for i en fremtidig sag om misbrug af forretningshemmeligheder ikke at kunne opfylde betingelsen om, at virksomhedens forretningshemmeligheder er underkastet "rimelige foranstaltninger til hemmeligholdelse". For når loven træder i kraft, vil denne betingelse også komme til at gælde oplysninger, der er frembragt forud for lovens ikrafttræden.

Vi anbefaler derfor, at alle virksomheder allerede nu får foretaget en undersøgelse af, om virksomheden har iværksat "rimelige foranstaltninger til hemmeligholdelse" af virksomhedens forretningshemmeligheder, hvilket f.eks. kan omfatte brug af fysiske låse, alarmer, passwords på computere, firewalls, kryptering af emails og dokumenter, fortrolighedsmærkning/-stempling, fortrolighedsklausuler i kontrakter, IT-sporingsmuligheder, udarbejdelse af en fortrolighedspolitik, og at visse oplysninger forbeholdes få udvalgte personer.