

Sune Troels Poulsen

Loyalitetspligt og erhvervsforbud



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1991

Loyalitetspligt og erhvervsforbud

© 1991 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf
er uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Tryk: Gentofte Tryk, Charlottenlund
Printed in Denmark 1991

ISBN 87-574-6251-8

INDHOLDSOVERSIGT

INDLEDNING

AFSNIT I PROBLEMSTILLING OG REGELGRUNDLAG

Kap. 1 Problemstilling - afgrænsning

Kap. 2 Centrale regler

AFSNIT II VIRKSOMHEDERNE - BESKYTTELSESVÆRDIGE FORHOLD

Kap. 3. Produktbeskyttelse

Kap. 4. Kunderelationer

Kap. 5. Internt Kendskab

Kap. 6. Erhvervshemmeligheder

AFSNIT III RETSMIDLERNE

Kap. 7. Visse fælles problemer

Kap. 8. Erstatning

Kap. 9. Konventionalbod

Kap. 10. Forbud

Kap. 11. Straf

AFSNIT IV SÆRLIGE PROBLEMER VED KONKURRENCEKLAUSULER

Kap. 12. Betroelse

Kap. 13. Vederlag

Kap. 14. Tidsmæssig udstrækning

Kap. 15. Aftalelovens § 38 stk. 2 - opsigelsesomstændighederne

Kap. 16. Konkurrenceklausulers geografiske udstrækning

AFSNIT V. RESULTATER OG VURDERINGER

Kap. 17. Loyalitetspligt overfor konkurrenceklausul

AFSNIT I PROBLEMSTILLING OG REGELGRUNDLAG

<u>INDLEDNING</u>	1-2
-------------------	-----

<u>KAP. 1.</u>	<u>PROBLEMSTILLING - AFGRÆNSNING</u>	3-24
----------------	--------------------------------------	------

1.1.	Problemstilling	3-7
1.1.1.	En konkurrenceretlig vurdering	3
1.1.2.	Oplæg til afhandlingen	4
1.1.3.	Afhandlingens særlige genstand	7
1.2.	Retsstridighed	8-18
1.2.1.	Objektiv betingelse for at pålægge erstatningsansvar og nedlægge forbud	8
1.2.2.	Retsstridighedens subjektive betingelser	10
1.2.3.	Retsstridighed og ansvarsgrundlag	14
1.3.	Afgrænsning	18-24
1.3.1.	Forskellige berørte regelkomplekser	18
1.3.2.	Offentligret og civilret	20
1.3.3.	Konkurrencebegrænsning og adfærdsregulering	22

<u>KAP. 2.</u>	<u>CENTRALE REGLER</u>	25-74
----------------	------------------------	-------

2.1.	Rammen	25-29
2.1.1.	Markedssamfundet	25
2.1.2.	Moral og marked	26
2.2.	Markedsføringsloven - kriterier og hensyn i en vurdering	29-43
2.2.1.	Forarbejder	29
2.2.2.	Markedsføringslovens § 1	31
2.2.3.	Markedsføringslovens § 9	35
2.2.3.1.	stk. 2	35
2.2.3.2.	stk. 3	39

	2.2.3.3. stk. 4	42
2.3.	Konkurrenceklausuler - afgrænsning af virksomhedernes beskyttelsesbehov - lovgivningens kriterier	44-64
2.3.1.	Forarbejder	44
2.3.2.	Aftalefrihed som forudsætning	45
2.3.3.	Aftl. § 38, stk. 1, 1. kriterie - værne imod konkurrence	46
2.3.4.	Aftl. § 38, stk. 1, 2. kriterie - adgang til erhverv	50
2.3.4.1.	2.kriterie - hvilke interesser varetages	50
2.3.4.2.	den forpligtedes økonomiske interesse	52
2.3.4.3.	den forpligtedes faglige interesse	53
2.3.4.4.	samspil faglige og økonomiske interesser	54
2.3.5.	Aftl. § 38 - forholdet til aftl. § 36	56
2.3.5.1.	generelt vedr. aftl. § 36	56
2.3.5.2.	samspil aftl. §§ 36 og 38 - rimelighed og loyalitet	58
2.3.6.	Funktionærlovens § 18	62
2.4.	Kontraktsforhold og konkurrenceklausuler - indhold og samspil mellem regelkomplekser	64-74
2.4.1.	Kontraktsforhold - loyalitetspligtens indhold	64
2.4.2.	Konkurrenceklausul som Naturalia Negotii	68
2.4.3.	Konkurrenceklausuler i ansættelsesforhold - baggrund for accept	69
2.4.4.	Anvendelse af markedsføringsloven, hvor	

	der er aftalt en konkurrenceklausul	71
2.4.5.	Berørte lovregler - fælles grundlag og forskelle	73

AFSNIT II VIRKSOMHEDERNE - BESKYTTELSESVÆRDIGE FORHOLD

<u>KAP. 3.</u>	<u>PRODUKTBESKYTTELSE</u>	<u>75-112</u>
3.1.	Indledning	75-77
3.2.	Konkurrencebeskyttelsen - loyalitetspligten	77-100
3.2.1.	Momenter i en vurdering efter mfl. § 1 - forveksling og sammenligning	78
3.2.2.	Det subjektive forhold	82
3.2.3.	Samarbejdsforholdets betydning for retsstridigheden	87
3.2.4.	Retsstridigheden i særlige situationer	93
3.2.5.	Vurdering	98
3.3.	Snyltning på markedsføringsforanstaltninger	100-106
3.4.	Aftaleregulerede forhold - detaljeret kendskab til virksomheden - salgssingeniøren	106-109
3.5.	Vurdering	110-112
<u>KAP. 4.</u>	<u>KUNDERELATIONER M.V.</u>	<u>113-136</u>
4.1.	Indledning	113
4.2.	Konkurrencebeskyttelsen - loyalitetspligten	114-121
4.2.1.	Tidligere ansatte - loyalitetspligten	114
4.2.2.	Retsstridigheden - særlige momenter	117
4.2.3.	Vurdering	120
4.3.	Aftaleregulerede forhold	122-127
4.3.1.	Personlige relationer - sælgeren	122
4.3.2.	Vurdering	124

4.4.	Særligt om ansatte revisorers konkurrenceklausul	128-136
4.4.1.	Klausulen	128
4.4.2.	Retspraksis	129
4.4.3.	Konsekvenser af klausulen - mulighederne for at tage anden ansættelse	130
4.4.3.1.	Klausulens 1. led	130
4.4.3.2.	Klausulens 2. led	130
4.4.3.3.	Klausulens 3. led	132
4.4.4.	Klausulen som en rimelig varetagelse af revisionsfirmaernes interesser	132
4.4.4.1.	Medarbejderne som konkurrencefaktor	132
4.4.4.2.	Klausulen som et rimeligt middel til at afskære ansattes konkurrence	134
KAP. 5.	INTERNT KENDSKAB	137-148
5.1.	Misbrug af specifik viden	137-138
5.2.	Medvirken til kontraktbrud	138-140
5.3.	Aftaleregulerede forhold	141-146
5.3.1.	Indledning	141
5.3.2.	Konkret indblik i virksomheden	142
5.3.3.	Ledelsesbeføjelser	143
5.4.	Vurdering	146-148
KAP. 6.	ERHVERVSHEMMELIGHEDER	149-176
6.1.	Tidligere ansatte - forpligtelsen iht. mfl. § 9	149-168
6.1.1.	Ansattes oprindelige kvalifikationer - afgrænsning	149
6.1.2.	Tavshedspligtens karakter og indhold	152
6.1.2.1.	Forpligtelsen - i egen virksomhed	

	og i forhold til konkurrenterne	152
6.1.2.2.	Er tavshedspligten en ansættelses- hindring	156
6.1.2.3.	Ansættelseshindring eller beskyttelse af konkrete forhold	160
6.1.2.4.	Forpligtelsen - afgrænsende momenter	162
6.1.2.5.	Vurdering	164
6.2.	Erhvervshemmeligheder - aftaleregulerede forhold . . .	168-173
6.3.	Vurdering - hvad opnåes med en konkurrenceklausul . .	173-176

AFSNIT III. RETSMIDLERNE

<u>KAP. 7.</u>	<u>VISSE FÆLLES PROBLEMER</u>	<u>177-180</u>
<u>KAP. 8.</u>	<u>ERSTATNING</u>	<u>181-190</u>
8.1.	Erstatningsansvar - den præventive funktion	181-183
8.2.	Tabsdokumentation	183-190
8.2.1.	Konkurrencevurderingen	184
8.2.2.	Loyalitetspligten - tidligere ansatte	187
8.2.3.	Vurdering	190
<u>KAP. 9.</u>	<u>KONVENTIONALBOD</u>	<u>191-208</u>
9.1.	Afgrænsning	191-192
9.1.1.	Hvad er en konventionalbod	191
9.1.2.	Appendix til en hovedforpligtelse	192
9.2.	Indhold - hvilke hensyn varetages	192-195
9.2.1.	Skønsmæssigt fastsatte erstatninger	192
9.2.2.	Det pønale element	193
9.2.3.	Erstatningsbegrænsning	194
9.3.	Tilsidesættelse eller lempelse af konventional-	

	bøder	195-206
9.3.1.	Kontraktfortolkning	195
9.3.1.1.	Reugeld	196
9.3.1.2.	Kumulation ved flere krænkelse	196
9.3.1.3.	Kan bod og erstatning kombineres	198
9.3.2.	Aftalelovens § 36	199
9.3.2.1.	Anvendelsesområde	199
9.3.2.2.	Kriterier i en bedømmelse	201
	9.3.2.2.1. Overordnede synsvinkler	201
	9.3.2.2.2. Virksomhedens interesser afgørende	202
	9.3.2.2.3. En generel maximums- grænse	204
9.4.	Vurdering	206-208
<u>KAP. 10.</u>	<u>FORBUD - SÆRLIGT OM FOGEDFORBUD</u>	<u>209-220</u>
10.1	Forbud - genstand og retsvirkning	209-210
10.2	Fogedforbud - forbudsdom	210-211
10.3	Fogedforbud - Loyalitetspligt overfor Erhvervsforbud	211-217
10.3.1.	Fogedforbuddets grundlag	211
10.3.2.	Fogedforbuddets genstand	215
10.3.3.	Voldgift og hemmelighed	217
10.4	Forbud - vurdering	218-220
<u>KAP. 11.</u>	<u>STRAF</u>	<u>221-224</u>
<u>AFSNIT IV SÆRLIGE PROBLEMER VED KONKURRENCEKLAUSULER</u>		
<u>KAP. 12.</u>	<u>BETROEELSESKRAVET</u>	<u>225-230</u>

12.1.	Ansatte uden for funktionærloven	225
12.2	Ansættelse i - eller etablering af - konkurrerende virksomhed	226-227
12.3	Kriterier i en betroelsesvurdering	227-229
12.4	Vurdering af betroelseskravet	229-230
KAP. 13.	<u>VEDERLAGETS BETYDNING FOR OPRETHOLDELSE AF KONKURRENCEKLAUSULER</u>	231-240
13.1.	Indledning	231
13.2.	Vederlaget vurderet ud fra aftl § 38	231-234
13.3.	Vederlaget vurderet ud fra FUL § 18	234-239
13.4.	Vurdering	239
KAP. 14.	<u>DEN TIDSMÆSSIGE UDSTRÆKNING AF KONKURRENCEKLAUSULER</u>	241-260
14.1.	Indledning	241-242
14.2	Hensyn bag en tidsbegrænsning	242-245
14.2.1.	Personlige hensyn	242
14.2.2	Økonomiske overvejelser	243
14.2.3.	Samfundsmæssige - monopolretlige - overvejelser	244
14.3.	Forskellige beskyttelsesværdige forhold	245-247
14.3.1.	Enkeltstående aktiver	245
14.3.2.	Kunderrelationer	245
14.3.3.	Erhvervshemmeligheder	246
14.4.	Konkret om tidsbegrænsningen	248-258
14.4.1.	Ansættelsesforhold	248
14.4.2.	Virksomhedsoverdragelser	255
14.5.	Vurdering	259

<u>KAP. 15.</u>	<u>AFTALELOVENS § 38, STK. 2 -OPSIGELSES-</u>	
	<u>OMSTÆNDIGHEDERNE</u>	<u>261-266</u>
15.1.	Rimelig anledning for virksomheden til at sige den ansatte op	262-264
15.2.	Virksomhedens undladelse af at opfylde sine forpligtelser	265-266
 <u>KAP. 16.</u>	 <u>KONKURRENCEKLAUSULERS GEOGRAFISKE</u>	
	<u>UDSTRÆKNING</u>	<u>267-269</u>
 <u>AFSNIT V</u>	 <u>RESULTATER OG VURDERINGER</u>	
 <u>KAP. 17.</u>	 <u>LOYALITETSPLIGT OVERFOR KONKURRENCE-</u>	
	<u>KLAUSUL</u>	<u>271-280</u>
17.1.	Beskyttelsen af virksomheden	271-274
17.2.	Konkurrenceklausulers betydning for de ansatte	274-276
17.3.	Vurdering - er konkurrenceklausuler acceptable i den nuværende form	276-280

LITTERATURFORTEGNELSE

DOMSREGISTER

STIKORDSREGISTER

FORORD

Fremstillingen bygger på en Ph. D. afhandling med titlen Loyalitetspligt og Erhvervsforbud. Afhandlingen er udarbejdet ved Det erhvervsøkonomiske Fakultet ved Handelshøjskolen i Århus og indleveret til bedømmelse i marts 1990. Der er med henblik på udgivelse foretaget en vis omarbejdelse og redigering af afhandlingen, og der er herunder inddraget nye domme og litteratur. Lektor, Cand. Jur. Aage Michelsen takkes hjerteligt for sin faglige og analytiske vejledning og menneskelige støtte under udarbejdelsen af afhandlingen.

INDLEDNING

Adskillige nye virksomheder etableres af personer, der tidligere har arbejdet som ansatte inden for den samme branche. Den nye virksomhed drives ofte i direkte konkurrence med indehavernes hidtidige arbejdsgiver og der vil da være et vist sammenfald mellem virksomhedernes produktsortiment, kundekreds, forretningsforbindelser mv. Tilsvarende skifter ansatte ofte til en anden virksomhed inden for den branche, hvor de hidtil har arbejdet.

Herved opstår det spørgsmål, hvorvidt ansatte i erhvervsvirksomheder - efter ophør af ansættelsesforholdet - uden videre og uden begrænsninger kan påføre deres tidligere arbejdsgiver konkurrence. At det ikke er sådan, behøver man ikke at grave mange spadestik for at finde ud af, men det er straks vanskeligere her-efter at svare på spørgsmålet: - hvordan er ansatte personers muligheder for at forblive i samme branche som deres tidligere arbejdsgiver; ved etablering af egen virksomhed eller som ansat hos en konkurrent. Da det hører til sjældenhederne, at man er ansat i den samme erhvervsvirksomhed hele sit arbejdsliv, har svaret relevans for alle ansatte. En manglende mulighed for at tage ansættelse i sin hidtidige branche vil kunne medføre alvorligt forringede muligheder for at få ansættelse på passende vilkår; med indtægtstab og deraf følgende personlige og samfundsmæssige konsekvenser.

Problemet udspringer af den specialisering, der sker såvel ved valg af uddannelsesforløb som i den senere ansættelse. Mulighederne for at få ansættelse eller etablere sig er klart størst inden for erhverv, hvor man kan anvende sit speciale, og omvendt vil anvendelse af et gennem en årrække oparbejdet speciale ofte kun være mulig ved beskæftigelse inden for den ansattes hidtidige branche.

Personer ansat i en erhvervsvirksomhed har således en afgørende interesse i at kunne tage anden ansættelse inden for den hidtidige branche - for at få et bedre

økonomisk udbytte af deres kvalifikationer. Dette skal dog sammenholdes med, at de ansatte på grund af deres indgående kendskab til virksomheden har store muligheder for at påføre denne konkurrence og dermed betydelig økonomisk skade. Den tidligere arbejdsgiver har således en interesse i, at ansatte med kendskab til de forhold, som erhvervsvirksomheden baserer sin konkurrenceevne på - som har været med ved oparbejdelsen af samme konkurrenceevne og fået løn herfor - ikke underminerer denne; udover hvad der følger af, at virksomheden ikke længere selv råder over den ansattes særlige viden og arbejdskraft.

I afhandlingen undersøges virksomhedernes muligheder for at sikre sig imod tidligere ansattes konkurrence over for de ansattes krav på erhvervsfrihed. Det bliver i konsekvens heraf belyst, hvilke muligheder de ansatte har for at tage ansættelse - eller etablere sig - i konkurrerende virksomhed. Afhandlingen tager udgangspunkt i de forhold i virksomhederne, som potentielt kan påvirkes af tidligere ansattes konkurrencehandling: produkterne, forretningsforbindelserne, interne forhold i virksomhederne samt erhvervshemmelighederne. På dette grundlag vurderes virksomhedernes beskyttelse i henhold til markedsføringsloven, ud fra loyalitetspligten og ved at aftale en konkurrenceklausul. Herved tydeliggøres sammenhængen mellem beskyttelsen efter markedsføringsloven og ud fra loyalitetspligten og nytten af at aftale en konkurrenceklausul - omend fremgangsmåden fører til, at samme problemstilling behandles flere steder. På baggrund af de valg, virksomhederne foretager med hensyn til at pålægge de ansatte en konkurrenceklausul - og dennes konkrete indhold - belyses hvilke retsmidler, der står til virksomhedernes disposition og betingelserne for at anvende disse.

Afsnit I Problemstilling og regelgrundlag

KAPITEL 1. PROBLEMSTILLING - AFGRÆNSNING

1.1. Problemstilling

1.1.1. En konkurrenceretlig vurdering

For ansatte i erhvervsvirksomheder er der som udgangspunkt ingen begrænsninger m.h.t. at tage anden ansættelse eller starte egen virksomhed. Dette gælder uanset om virksomheden - den tidligere arbejdsgiver - herved påføres konkurrence - og det må være en forudsætning for overhovedet at overveje beskyttelse af virksomheden, at der består et konkurrenceforhold. Den nye konkurrerende virksomhed skal naturligvis handle i overensstemmelse med markedsføringslovens (mfl.) § 1 - dvs. den må bl.a. ikke plagiere virksomhedens produkter eller sammenligne sig med virksomheden på en f.eks. mod ICC kodex stridende måde.¹

I konkurrenceretten er det karakteristisk at tale om præstationskonkurrence, hvor konkurrencen skal foregå på lige fod, på basis af egen indsats og med anerkendte midler.² Det kan udtrykkes som: Den bedste mand skal vinde, (men) alle skal følge spillets regler, (og) ingen må tiltage sig den good will, som andre har oparbejdet.³ Dette giver vejledning for afgrænsningen af de kriterier, som domstolene anvender med en bedømmelse efter mfl. § 1 - jfr. kap. 2.2.2.

Hvad enten en samarbejdspartner er selvstændig eller ansat, har han et grundlag i form af viden, erfaring m.v. for at indgå i et samarbejde med virksomheden. Han har da en interesse i, at dette grundlag kan nyttiggøres i andre fremtidige samarbejdsforhold. Det er heroverfor afgørende for den bedømmelse, der må foretages af de tidligere ansattes konkurrerende virksomhed, at de tillige har et indgående

¹ International Chamber of Commerce - kodex for reklampraksis.

² Konkurrenceret s. 33ff, Krüger Andersen s. 260, Markedsret s. 24f.

³ Åndsretten s. 517.

kendskab til virksomheden - et kendskab som udenforstående ikke kan have, og som virksomheden nødig ser røbet til eller anvendt af konkurrenterne. Kendskabet kan misbruges af den ansatte ved udformningen af konkurrerende produkter, i valget af markedsføringsforanstaltninger, valget af kundekreds m.v. F.eks. vil virksomhedens samarbejde med sine forretningsforbindelser ofte være af så vital betydning for denne, at det vil være i strid med det tidligere samarbejdsforhold, hvis en tidligere samarbejdspartner i sin egen virksomhed tager kontakt til disse. Ud fra disse modsatrettede interesser er det klart, at det virksomheden som udgangspunkt kan kræve beskyttet i forhold til samarbejdspartneren, er *det særlige kendskab* til virksomhedens viden, produkter og ydelser i markedet, som partneren har fået kendskab til gennem samarbejdet.⁴

1.1.2. Oplæg til afhandlingen

I afhandlingen vil jeg - på grundlag af lovtekst, forarbejder, retspraksis og litteratur - belyse de ansattes og virksomhedernes retsstilling, dels ud fra markedsføringsloven og den i retspraksis fastlagte loyalitetspligt, og dels med en særskilt aftalt konkurrenceklausul. Det vil blive vurderet, hvilke virkninger en aftale om konkurrenceklausul har for virksomhederne, de ansatte og samfundet.

Det er udgangspunktet for vurderingen såvel i henhold til markedsføringsloven som aftaleloven, at beskyttelsen knytter sig til resultatet af virksomhedernes investeringer.⁵ Resultatet af en virksomheds investeringer kan imidlertid antage forskellig form, og lovgivning og retspraksis har vist forskellig interesse for de enkelte beskyttelsesværdige forhold og givet dem forskellig beskyttelse. Beskrivelsen af retsstillingen efter markedsføringsloven og loyalitetspligten og rækkevid-

⁴ Jfr. utrykt SØ- og Handelsretsdom afsagt i sag H 592/1982 - dom af 5. april 1984 (asfalt-maskiner) - hvor samarbejdspartnerens etablering af en konkurrerende produktion ikke ansås for retsstridig i forhold til virksomheden, da partneren forud for samarbejdet selv havde produceret tilsvarende maskiner og derfra kendte den nødvendige teknologi og - på den angivne tid - alene på dette grundlag kunne fremstille konkurrerende maskiner.

⁵ Koktvedgaard s. 289, 361, 368.

den af at aftale en konkurrenceklausul har jeg derfor valgt at foretage ud fra en opdeling, der tager udgangspunkt i virksomhedernes produkter, kunderelationer, internt kendskab til den enkelte virksomhed og erhvervshemmelighederne. Denne opdeling er valgt, idet disse forhold enkeltvis er beskyttelsesværdige i relation til en konkret virksomheds konkurrenceevne, og da de typisk skiller sig ud i konkurrencesager. Ved denne opdeling skabes et klarere grundlag for at vurdere den enkelte virksomheds muligheder for - og evt. fordele ved - at aftale en konkurrenceklausul med forskellige kategorier af ansatte. Ansættelse i en stilling sker imidlertid typisk til varetagelse af en *funktion* i virksomheden og ikke specifikt til varetagelse af et enkelt beskyttelsesværdigt forhold, og det vil således ikke altid være muligt at fastlægge, hvilke forhold i virksomheden, som den ansatte kan påvirke. For at sammenligningen skal være mulig, er det derfor nødvendigt ud fra de forskellige ansættelseskategorier at udskille de forhold, hvoraf virksomhedens konkurrenceevne afhænger, og som kan begrunde opretholdelsen af en konkurrenceklausul. Fordelingen af de enkelte kategorier af ansættelsesforhold er derfor foretaget ud fra opdelingen i beskyttelsesværdige forhold.⁶ Ud fra denne sammenstilling af virksomhedernes beskyttelsesværdige forhold og forskellige ansættelseskategorier skulle det således være muligt at sammenligne beskyttelsen af virksomhederne iht. markedsføringsloven, ud fra loyalitetspligten og med en konkurrenceklausul; alene på basis af opdelingen i de enkelte beskyttelsesværdige forhold i virksomhederne. Ved indplaceringen af et ansættelsesforhold i et af kap. 3 - 6 skal der således altid justeres ud fra forholdene i den enkelte sag, og en konkret sag kan eventuelt placeres under flere punkter.

Belysningen af problemstillingen ud fra lovgivningen, dansk litteratur og trykt retspraksis giver kun et delvist dækkende billede af gældende ret og de pro-

⁶ Revisorerhvervet er skilt ud til særlig behandling i kap. 4.4, idet denne branche har tradition for klausuler, der alene regulerer forholdet til arbejdsgiverens kunder og p.g.a. denne begrænsning omfattes klausulerne ikke af afl. § 38 - jfr. herom nærmere i kap. 2.3.5. Der er tillige afsagt domme om revisorklausulen i et omfang, der giver den en særstilling blandt de liberale erhverv.

blemer, virksomhederne faktisk er udsat for. Der er flere grunde hertil. Kun få sager om de heromhandlede problemer bliver afgjort af de almindelige domstole, og retspraksis vil da kun afspejle enkelte punkter i et helhedsbillede. Det er en udbredt praksis at anvende voldgift på forhold, der kan være af interesse for nærværende undersøgelse. Parterne finder det ikke formålstjenligt at behandle deres konflikter ved en offentlig retssag, idet der kan være emner involveret, som har karakter af erhvervshemmeligheder, og som det er uhensigtsmæssigt at drøfte offentligt; eller simpelt hen ud fra 'imagemæssige' overvejelser ønsker man ikke offentlighed om forholdene. Dette skal sammenholdes med, at en voldgiftsavgørelse inden for et specielt felt - især hvis der har medvirket en eller flere højesteretsdommere - vil kunne få betydelig indflydelse på afgørelsen af fremtidige retssager om tilsvarende forhold. Endvidere bliver mange konflikter slet ikke prøvet ved de almindelige domstole, uanset en af parterne herved ikke får sin 'ret'. Grundene hertil kan igen være af 'imagemæssig' karakter eller evt. også, at man ikke finder en retssag nødvendig, eller at den ikke opleves som et hensigtsmæssigt middel til beskyttelse af virksomhedens beskyttelsesværdige forhold. Endelig kan sagen forliges udenretligt.⁷

Med henblik på at give en mere dækkende beskrivelse af retsstillingen har jeg valgt at inddrage alle tilgængelige og relevante utrykte afgørelser fra Sø- og Handelsretten i perioden 1973 og til sommeren 1989.⁸ Der er tillige medtaget en del svensk litteratur, idet der i Sverige er foretaget en grundig analyse af virksomhedernes behov for at sikre sig imod de ansattes misbrug af deres kendskab til virksomheden. Retsstillingen i Sverige på dette område havde oprindelig grundlag i et fælles nordisk forarbejde, men udformningen af lovgivningen og afgrænsningen af beskyttelsen af virksomhederne blev konkret foretaget anderledes. På grund af lovenes fælles udgangspunkt har jeg valgt at inddrage svensk litteratur

⁷ Se også Palmgren s. 104f.

⁸ Grundlaget for udvælgelsen er den sortering, som Sø- og Handelsretten foretager med henblik på at orientere bl.a. lægdommerne om udviklingen af retspraksis.

som inspirationskilde og til belysning af afgrænsningen af loyalitetspligten og konkurrenceklausulerne, men der er bl.a. af tidsmæssige grunde ikke tilsigtet en egentlig sammenligning med forholdene i Sverige.⁹

1.1.3. Afhandlingens særlige genstand

I afhandlingen skal det belyses, hvorledes aftale af en konkurrenceklausul - og af en konventionalbod - ændrer *virksomhedernes og de ansattes retsstilling*. I forlængelse heraf skal det belyses, hvorvidt der er *fælles kriterier* for afgrænsningen af loyalitetspligten - og af en konkurrenceklausuls - anvendelsesområde, indhold og udstrækning. Ved at afklare en sådan sammenhæng - f.eks. i henseende til den tidsmæssige udstrækning - vil en konkurrenceklausul med større sikkerhed kunne tilsidesættes eller opretholdes. Det vil løbende blive vurderet, hvorvidt mulighederne for at få nedlagt fogedforbud eller få tilkendt *erstatning* øges ved at aftale en konkurrenceklausul.

Rammen for vurderingen fastlægges i kap. 2. Der foretages herefter en analyse af de enkelte materielle delemner med henblik på at fastlægge grænserne for de ansattes handlinger - kap. 3 - 6. Det vil blive belyst, hvilke muligheder virksomhederne har for at anvende retsmidlerne forbud og erstatning - kap. 7 - 10. Herudover er der i kap. 1 behandlet forskellige forudsætninger for afhandlingen og i kap. 12 - 16 er de særlige problemer, der knytter sig til anvendelsen af konkurrenceklausuler trukket ud til særskilt behandling. Der er i de enkelte kapitler løbende foretaget vurderinger og draget delkonklusioner, og i kap. 17 opstilles afhandlingens overordnede konklusioner og vurderinger.

⁹ Efter afhandlingens færdiggørelse blev 'lag om skydd för företagshemligheter' vedtaget pr. 31. maj 1990. Loven har fået en noget anderledes udformning end det forslag, der blev fremlagt i SOU 1983:52, men de basale overvejelser i SOU 1983:52 må stadig have gyldighed, ligesom loven efter sin ordlyd indebærer et betydeligt fremskridt i relation til beskyttelsen af erhvervshemmeligheder.

1.2. Retsstridighed

1.2.1. Retsstridighed - en objektiv betingelse for at pålægge erstatningsansvar og nedlægge forbud.

Udgangspunktet er, at lovgiver ønsker at fremme en bestemt udvikling i samfundet - den største økonomiske vækst på et rimeligt socialt grundlag. Dette opnåes efter den herskende opfattelse mest effektivt ved at støtte erhvervsvirksomhederne, så for samfundet bliver det et mål at sikre disse den bedst mulige position - sikre deres eksistens og deres videre udviklingsmuligheder. Dette nås i et konkurrencepræget samfund traditionelt ved gennem lovgivning at sikre virksomhederne resultaterne af deres egen indsats og ved at give virksomhederne en lovbaseret ramme, hvorved de selv kan sikre sig. Økonomisk fremgang og velfærd kan dog også sikres ved at åbne mulighed for, at nye virksomheder kan etableres, og ved at sikre, at enkeltpersoner ikke overlades til en usikker erhvervsmæssig fremtid. Samfundet har således p.d.e.s. en interesse i, at virksomhederne sikres resultaterne af deres indsats og kan modvirke angreb herpå, og på den anden side en interesse i at medvirke til, at etableringen af nye erhvervsvirksomheder pålægges så få restriktioner som muligt; jfr. kap 2.2.3.

Til dette formål har lovgiver - foruden monopolloven - opstillet flere kodex for adfærd mellem virksomheder indbyrdes og i forhold til deres ansatte; f.eks. markedsføringsloven og straffeloven. Ligeledes har lovgiver åbnet mulighed for, at parterne selv kan regulere deres indbyrdes forhold i denne henseende. Lovgiver stiller endvidere et sanktionsapparat til rådighed - i offentligretlig henseende kan myndighederne selv anvende dette - hvorefter en handling civilretligt kan kræves stoppet og en skade erstattet.

Udgangspunktet er, at det ud fra en samfundsmæssig vurdering er acceptabelt at tilføje en konkurrent økonomisk skade, men en handling kan være uacceptabel ud

fra en konkret vurdering.¹⁰ Vanskeligheden består med andre ord i at afgøre, hvilke handlinger, der er acceptable og hvilke uacceptable. Der skal med henblik herpå opstilles kriterier, hvori indgår de forskellige hensyn, som lovgivningen og retspraksis varetager. Udgangspunktet for disse kriterier tages i virksomheden og markedet; hvori består virksomhedens konkurrenceevne, og hvorledes sikres den bedste udvikling for virksomhederne og for samfundet. Der må ligeledes tages hensyn til, hvilke parter der står over for hinanden; om det er udenforstående eller tidligere samarbejdspartnere. Der må også ses på de konkrete omstændigheder, hvorunder konflikten opstår. Endelig kan parterne selv have taget stilling til spørgsmålet i deres kontrakt. Som samlebegreb for denne afvejning af modstående hensyn angiver begrebet 'retsstridighed', hvornår adfærden er så uacceptabel, at det principielt er muligt at bringe sanktionsapparatet i anvendelse.¹¹ At det er en samlebetegnelse indebærer, at begrebet kan have forskelligt indhold, ud fra om virksomhedens modpart er enten privat eller offentlig og hvilket forhold i virksomheden, der aktuelt påstås krænkede; jfr. til ex. mfl. § 9, hvor visse forhold p.g.a. deres vitale betydning for virksomheden er skilt ud til selvstændig behandling.¹²

Retsstridighed kan generelt betragtes som en ramme, hvori det acceptable udskilles fra det uacceptable og dermed som en betingelse, for at retsmidler kan

¹⁰ Vinding Kruse - Erstatningsret 2. udgave s. 46f og Retsstridighed s. 53f. Konkurrenceret s. 33ff, 111f og 229ff.

¹¹ Retsstridighedsterminologien kan anvendes som alternativ til en præcisering af, hvilke forhold der er uønskværdige for samfundet; og som et filter til at sortere uønskede virkninger fra, jfr. Ross s. 292ff og 365ff. Se også Vinding Kruse 5.udg. s. 33ff og Stig Jørgensen Erstatningsret 2. udg. 1972 s. 34 og 46. Retsstridighed s. 53 - interesseafvejningen kan ikke isoleres til parterne, men den må inddrage alle berørte hensyn og ske ud fra generelle retningslinier - jfr. kap. 2.2.2. vedr. mfl. § 1.

¹² Retsstridighed anvendt som et samlet begreb med fælles indhold må anses for forladt - jfr. Retsstridighed s. 46ff og Vinding Kruse - Erstatningsret 5. udgave s. 36. I stedet må man søge at fastslå "reaktionsbetingelserne for hver enkelt handlingstype" - jfr. Retsstridighed s. 55.

anvendes.¹³ Det skal herefter i hver enkelt sag undersøges, hvorvidt et konkret forhold i virksomheden overhovedet er retsbeskyttet,¹⁴ og om det er beskyttet mod netop den bestemte handling, som har skadet det. Retsstridighed er således en objektiv betingelse for, at der kan ifaldes erstatningsansvar og nedlægges forbud; f.eks. vil en tidligere ansats anvendelse af sin faglige dygtighed og anden form for almindelig konkurrence som klart udgangspunkt ikke føre til, at handlingen betragtes som retsstridig.¹⁵

1.2.2. Retsstridighedens subjektive betingelser¹⁶

Det er et selvstændigt spørgsmål, om der i begrebet retsstridighed - for hvert enkelt delemne - allerede er taget stilling til spørgsmålet om subjektiv tilregnelser; og omvendt om retsstridighedsbegrebet - i kontraktsforhold - overhovedet indeholder en særskilt subjektiv vurdering. Diskussionen af, hvorvidt f.eks. forbud kan anvendes på objektivt grundlag, bliver således slet ikke aktuel, og de subjektive

¹³ Vinding Kruse 5. udg. s. 85f. Plesner i NIR 1981.18ff og i NIR 1986.367ff: "Retsstridighed er således en nødvendig, men ikke altid en tilstrækkelig betingelse for at iværksætte sanktioner." Edb og Ansvar s. 191 - Retsstridigheden som udtryk for en interesseafvejning, hvor grundlaget for denne må søges gennem en systematisering af de faktiske samfundsmæssige og retssystematiske hensyn, der gør sig gældende i de enkelte tilfældegrupper; jfr. Retsstridighed s. 49f. Se også Nørgaard og Vagner s. 34f. Stig Jørgensen Erstatningsret 2. udgave. s. 34: 'Praktiske samfundshensyn anvendes som 'retsprincip' - 'erstatningsreglernes udformning i detaljer afgøres v.h.j.a. spekulationer over, hvilken løsning 'det reale hensyn' taler for'.

¹⁴ Vinding Kruse 5. udg. s. 86. Se også Gomard - Fogedret 3. udg. s. 355f herom.

¹⁵ Vinding Kruse 5. udg. s. 30ff - med citat fra Ørsted: " Den, der ved sin vindskibelighed og dygtighed gjorde en anden afbræk i hans næring..."

¹⁶ Åndsretten s. 536 - 'når handlingen stemples som utilbørlig, er nemlig dette som regel bebrejdelse nok.'
Andreassen s. 178f - 'Det retsstridighedsbegreb, som § 15 lægger til grund for erstatningsansvaret og forbudsnedlæggelsen, indeholder således et subjektivt moment.'
Markedsret s. 154f - generalklausulen har et særligt subjektivt indhold netop i efterlignings-sager.
Palmgren s. 199f - Den forpligtede er - i almindelighed - erstatningsansvarlig alene på grundlag af en konstatering af, at konkurrenceklausulen er misligholdt, jfr. også Konkurren-ceret s. 112f og 255f, Kobbernagel I s. 210ff og 230 og Licensaftalen s. 164.

betingelser for at ifalde erstatningsansvar - uagtsomhedskravet - vil herved være opfyldt; jfr. nedenfor kap. 1.2.4.

I en vurdering af *uafhængige konkurrenters adfærd* vil det være klart, at tilregnelser er et nødvendigt led i retsstridighedsbegrebet. Dette er f.eks. tilfældet ved produktplagiering, hvor det skal bevises, at efterligneren har kendt virksomhedens produkt, og at han har anvendt dette som forbillede i sin produktion, således at han har fået mulighed for at nå hurtigere eller billigere til et resultat. Dette skal ses i lyset af, at enhver har mulighed for selvstændigt at oparbejde sin egen produktion, og handlingen er således kun retsstridig, hvis denne subjektive betingelse er opfyldt.¹⁷

I retsstridighedsvurderingen er det - som nævnt ovenfor kap. 1.2.1 - centralt at adskille de acceptable handlinger fra de uacceptable. Det vil her være afgørende - jfr. nærmere i kap. 3 - 6 - hvorvidt konkurrencen foregår med loyale midler eller konkurrenterne anvender et særligt kendskab til virksomheden til at påføre netop denne en mærkbar konkurrence; eller på anden måde forsøger at tilegne sig resultaterne af virksomhedens investeringer i kapital, arbejdskraft og viden.¹⁸

¹⁷ Det er et spørgsmål, om begrebet 'ond tro' er anvendeligt her eller om der alene skal anvendes begreber som tilregnelser og uagtsomhed. Ved erstatningsansvar stilles der som bekendt subjektive krav - om mindst uagtsom handlemåde. Der kan anvendes forskellig terminologi, hvor forsæt kan udtrykkes som f.eks., at handlingen er tilstræbt; jfr. Palle Bo Madsen i Markedsret s. 154 og i TfR. 1986.619f. Ond tro er en anden terminologi, der er udtryk for tilregnelser af en vis styrke - uden at det har karakter af forsæt. For nærværende arbejde må culpanormens tilregnelserkrav om forsættelig eller uagtsom handlemåde kunne anvendes, idet det må være klart, at også ikke forsættelige handlinger kan karakteriseres som retsstridige; og at ond tro dækker denne opfattelse - uden at der skal tages stilling til, hvilke uagtsomhedsgrader, der er acceptable. Se også A. Vinding Kruse Erstatningsret 2. udgave s. 86. Se herom også Else Mols - U 1985B.253 - "Generalklausulen kan ... kun anvendes, såfremt efterligneren har handlet i ond tro," Palle Bo Madsen i TfR 1986.599, særligt s. 619ff. Af frifindende domme pga. af manglende opfyldelse af den subjektive betingelse kan anføres U 1968.189 øld, U 1968.932 shd, U 1979.603 shd og NIR 1984.76 shd.

¹⁸ Se Hemmelighed s. 20f. Tilegnelsen kan give sig udtryk i, at konkurrenten herved indhenter virksomhedens tidsmæssige forspring, undgår omkostninger til en selvstændig produktudvikling eller overtager en selvstændig kundekreds.

Det vil således være afgørende at dokumentere konkurrentens kendskab til virksomhedens produkt, forretningsforbindelser, hemmeligholdte viden m.v., idet dette kendskab er en forudsætning for, at forholdet overhovedet kan være retsstridigt. Tilregnelsskravets indhold ligger i, at konkurrenten kender - eller burde kende - virksomhedens produktion, kunderelationer, erhvervshemmeligheder mv; i modsætning til den retlige vurdering - om konkurrenten er på den rigtige side af kriteriet 'god markedsføringskik' eller har overtrådt hhv. sin loyalitetspligt eller en konkurrenceklausul.¹⁹ Uanset om det er en vurdering af en handling ud fra kriteriet god markedsføringskik eller det er spørgsmålet om misligholdelse af en loyalitetspligt eller en konkurrenceklausul, vil der også for *den ansatte* indgå klare subjektive elementer som betingelse for retsstridigheden, idet det netop er hele begrundelsen for at sikre virksomhederne imod tidligere ansattes konkurrerende virksomhed, at de ansatte har et særligt kendskab til virksomhederne, der - ved misbrug - kan ødelægge virksomhedernes konkurrenceevne eller påføre disse konkurrence af en art, som udenforstående ikke vil være i stand til.

Et *kontraktsforhold* vil føre til, at der eksisterer en formodning for, at den ansatte har kendskab til virksomhedens beskyttelsesværdige forhold - uanset om det er særskilt fremhævet i kontrakten - og især hvis dette er tilfældet. Det vil med andre ord for tidligere ansatte sædvanligvis ikke blive diskuteret, hvorvidt de har kendskab til virksomhedens forhold, idet de netop har arbejdet med disse under ansættelsen. Stridspunktet er i stedet som oftest en retlig vurdering af, hvorvidt en handling går virksomhedens ret for nær. Vurderingen af en konkret handling vil stadig være en vurdering af retsstridigheden, men der inddrages heri hhv. det forhold, at parterne har samarbejdet og derfor i højere grad skal respektere hinandens interesser, og det forhold, at parterne i deres aftale evt. direkte har

¹⁹ Se herom kommentar til Patentloven s. 287ff, jfr. Kobbernagel I s. 202f - Generalklausulen er en retsregel og ikke - alene - en moralnorm, hvilket ytrer sig ved muligheden af at påtale krænkelser og ikke mindst i den beskyttelse mod at blive dømt for handlinger, der ikke med føje kan bebrejdes den erhvervsdrivende.

taget stilling hertil. Retsstridighedsterminologien kan her anvendes som udtryk for, at loyalitetspligten - eller kontrakten efter sin ordlyd - er misligholdt.²⁰

Tilregnelseskravet vil for udenforstående bero på en konkret vurdering, hvor konkurrenten som oftest er fuldt ud klar over de momenter i handlingen, der gør denne retsstridig; nemlig at han anvender sit særlige kendskab til virksomheden til at påføre denne konkurrence. Spørgsmålet om tilregnelsen som betingelse for retsstridigheden ses også kun sjældent fremdraget direkte i retspraksis.²¹ I sager mellem erhvervsdrivende, der tidligere har samarbejdet, om overtrædelse af mfl. § 1, vil der sædvanligvis ikke være tvivl om, at den handlende har kendskab til de forhold, som vurderingen afhænger af.²²

Det må imidlertid fastholdes, at vurderingen af udenforståendes produktplagiering og af tidligere ansattes misbrug af et særligt kendskab til den enkelte virksomhed tager udgangspunkt i forskellige situationer. Uden forudgående samarbejde er det den offentligtretlige problemstilling, der træder i forgrunden - hensynet til samfundet og forbrugerne etc. - hvor kontraktsforholdet giver retsstridigheden den

²⁰ Gomard 89 s. 31 - Misligholdelse foreligger, når en gyldig kontrakt ikke opfyldes efter sit indhold; mm. det skyldes kreditors forhold eller forhold, som kreditor bærer risikoen for. Der skal herudover selvstændigt tages stilling til, hvorvidt misligholdelsen er tilstrækkeligt som ansvarsgrundlag i en erstatningssag. Se også Stig Jørgensen II s. 99ff; jfr. nærmere i kap 1.2.3.

²¹ I retspraksis ses udtrykket 'tilstræbt' anvendt om forveksling - U 1965.530 Vld eller efterligning - U 1982.1081 HD. Det udtrykker en vurdering af konkurrentens subjektive forhold; hvorvidt han med sit produkt tilegner sig virksomhedens goodwill mv. på en mod god markedsføringskik stridende måde. Der ligger heri et krav om forsætlig handlemåde - om med 'fuldt' kendskab til virksomhedens forhold at have forsøgt at tilegne sig dennes goodwill.

²² Koktvedgaard s. 365 opfatter reglen som en forsætsregel (bevidst uagtsom), jfr. Blomqvist s. 184. Kobbervagel I s. 211 og s. 224f anfører, at afgørelsen af spørgsmålet er uvis, men at det netop er den bevidste, illoyale adfærd, der konstituerer retsbruddet. Lærebog i imm.ret s. 279 anfører vedr. immaterialretskrænkelser, at begrundet god tro sjældent vil foreligge i praksis, og at den væsentligste opmærksomhed knytter sig til spørgsmålet om dokumentation for tab; jfr. også Konkurrenceret s. 112f og 255f.

Vinding Kruse Erstatningsret 5. udg. s. 132 - "...hvis det stiller sig tvivlsomt, om der foreligger illoyal konkurrence, vil skadshensigt kunne være udslagsgivende." Se tilsvarende 'Sø- og Handelsretten gennem 125 år' s. 76 vedr. spørgsmålet om kravene til dokumentation af tab.

subjektive dimension, idet den ansatte - og en evt. samarbejdspartner - har et særligt indgående kendskab til virksomheden. Almindelig konkurrence fra udenforstående påfører også virksomheden skade, og der vil her med udgangspunkt i mfl. § 1 skulle foretages en almindelig erstatningsretlig vurdering med inddragelse af en retsstridighedsvurdering og af tilregnelsesspørgsmål. Det vil således især være udenfor kontraktsforhold, at det kan få reel betydning at tage stilling til tilregnelsesspørgsmålet som selvstændigt led i en retsstridighedsvurdering; og det vil også være her, der er den største interesse i fra offentlighedens side at fastlægge rammerne for retsstridigheden uden hensyn til tilregnelsen. I en offentligretlig vurdering kan generalklausulen i mfl. §1 således overtrædes på objektivt grundlag.²³

1.2.3. Retsstridighed og ansvarsgrundlag²⁴

Fra en praktisk synsvinkel er det afgørende, at der kan bringes retsmidler i anvendelse ved den ansattes krænkelse af sine pligter; og at retsmidlerne er effektive i relation til at forebygge krænkelsen, bringe denne til ophør eller kompensere for de tab, som virksomheden bliver påført ved krænkelsen.²⁵ Der er således en helt nødvendig sammenhæng mellem beskyttelsen af virksomhedernes produkter, kunder, erhvervshemmeligheder m.v. og mulighederne for at kunne anvende retsmidler.²⁶ Retsstridighed og erstatningsansvar må dog principielt vur-

²³ Jfr. bet. 416/1966 s. 84f, se også Palle Bo Madsen i U 1980B.117ff - om samspillet mellem aftaleloven og markedsføringslovens regler. Konkurrenceret s. 35.

²⁴ Edb og Ansvar s. 212ff - parternes gensidige forpligtelser fastlægges i kontrakten - præstationskravene, sanktionsbetingelserne mv. beskrevet efter parternes egne intentioner; jfr. s. 231ff. Se også Gomard 89 s. 31.
Stig Jørgensen II s. 153ff - bevisbyrden vender om i kontraktsforhold, jfr. Palle Dige s. 167f - omvendt bevisbyrde ved misligholdelse og Nød II s. 153ff, Ussing - obligationsretten s. 108 og 110ff. Se også Palle Bo Madsen i Tfr 1986.599ff om aftale som grundlag for retsstridighed.

²⁵ Det vil blive belyst i kap. 7, at fagedforbud i praksis alene kan anvendes, hvis enten den ansatte eller de beskyttelsesværdige forhold har en tilknytning til det danske marked.

²⁶ Jfr. Vinding Kruse 5. udg. s. 27f er der kun tale om et retsgode, hvis en krænkelse kan mødes med et retshåndhævelsesmiddel, se også s. 17ff. Se tilsvarende Stig Jørgensen - Erstatningsret

deres uafhængigt, idet 'uanset en interesse er anerkendt som beskyttelsesværdig af såvel lovgivningen som i retspraksis, er det ikke givet, at den er erstatningsretligt beskyttet mod ethvert indgreb.²⁷ Det er ligeledes ikke sikkert, at der kan nedlægges forbud, hvad enten dette skyldes, at forbuddet er uden genstand eller nedlæggelse af forbud ikke er mulig, da handlingen allerede er udtømt.

Retsstridighed er et rammebegreb, der isolerer de objektive elementer i ansvarsgrundlaget - isolerer de egenskaber ved den faktiske optræden, som er egnet til pådrage ansvar. Culpnormen er grundlaget for at pålægge erstatningsansvar såvel i - som uden for kontraktsforhold.²⁸ Udenfor kontraktsforhold vil culpabedømmelsen inddrage en vurdering af, om forholdet er retsstridigt, og om den skadegørende handling kan tilregnes konkurrenten. Det er således principielt selvstændige vurderinger - men jfr. ovenfor kap. 1.2.2 - vil der i retsstridighedsvurderingen af udenforstående konkurrenters handlinger også indgå en selvstændig vurdering af de subjektive forhold.

I ansættelsesforholdet - i kontraktsforhold - er konkurrenceindskrænkningen en biforpligtelse, iht. hvilken den pågældende ansatte mere eller mindre explicit har pligt til at undlade visse handlinger.²⁹ Udgangspunktet er, at kontrakten ikke behøver at omtale de her omhandlede forhold - og hvis den gør det - vil det

2. udg. 1972 s. 18 og s. 33ff. Se også U 1979.931 Øld, hvor tilsidesættelse af en bodsbestemmelse reelt førte til tilsidesættelse af konkurrenceklausulen som sådan.

²⁷ Vinding Kruse - Erstatningsret 5. udg. s. 288.

²⁸ Vinding Kruse 5. udg. s. 26f - kontraktserstatningsansvar overfor 'almindeligt' erstatningsansvar - har begge udgangspunkt i culpareglen. Kontraktsforhold tilfører bedømmelsen nye elementer - ex. udtrykkelige pligter - eller forudsatte pligter, som også suppleres af de for kontraktsforhold gældende deklaratoriske regler. Spørgsmålet vil derfor ofte foreligge som et spørgsmål, om de kontraktlige pligter er tilsidesat. Se også Gomard - Erstatningsregler s. 399ff.

²⁹ Gomard 89 s. 55 - biforpligtelser fungerer ofte som bærer - eller som formel begrundelse - af et erstatningsansvar for undladelser. Dette er også tilfældet for undladelserforpligtelser; samme s. 57f. Se også Stig Jørgensen II s. 31f.

sædvanligvis antage karakter af en bodsbestemmelse eller retningslinier for ansvarsgrundlaget i form af en præcisering eller udvidelse af parternes pligter.

I kontraktsforhold³⁰ vil der i en vurdering af betingelserne for at ifalde erstatningsansvar indgå det forhold, at parterne har samarbejdet.³¹ Det er imidlertid ikke en traditionel misligholdelsesbedømmelse, idet ved misligholdelse af en undladelsesforpligtelse er gensidigheden mellem parterne sædvanligvis udtømt; sædvanlige mangelsbeføjelser kan ikke anvendes, da hovedforpligtelsen er 'leveret' uden kritikpunkter.³² Kontraktforholdet vil imidlertid føre til en skærpelse af ansvarsbedømmelsen;³³ af bedømmelsen af samarbejdspartnerens handling, hvilket har fundet udtryk i, at der pålægges parterne en gensidig loyalitetsforpligtelse.³⁴

Bedømmelsen af ansvarsgrundlaget vil tage udgangspunkt i en vurdering af, om en konkret handling medfører krænkelse af markedsføringsloven, misligholdelse af en

³⁰ Gomard 89 s. 31f - erstatning i kontraktsforhold ikke altid betinget af culpa; men jfr. Lookofsky s. 141ff - så 'kræves' der hertil lovhjemmel eller klar praksis. Culpa vil dog ofte - med omvendt bevisbyrde - være en betingelse for ansvar.

³¹ Også i kontraktsforhold er retsstridighedsterminologien anvendelig, idet den klarlægger, at der - alt efter kontraktens ordlyd - foretages en afvejning af virksomhedens og den ansattes interesser. I en konkret sag vil det dog primært fremstå som et spørgsmål om kontraktsfortolkning og misligholdelsesbeføjelser uden nogen nødvendig anvendelse af retsstridighedsbegrebet.

³² Gomard 89 s. 127 med note 1, og s. 133 - 'reglerne om faktiske mangler finder ikke anvendelse på overtrædelse af undladelsesforpligtelser som f. eks. en konkurrenceklausul i en salgs- eller ansættelseskontrakt. Overtrædelsen består i enkelte eller vedvarende positive handlinger i strid med forpligtelsen.' Se også Gomard - Erstatningsregler s. 145ff.

³³ Palle Bo Madsen i U 1982B.165, jfr. Gomard - Erstatningsregler s. 46 og s. 143ff - Specielle kontrakterstatningsregler er netop begrundet i, at det særlige forhold mellem parterne, der etableres ved en kontrakt, efter omstændighederne kan give grund til at fravige de almindelige erstatningsregler.

³⁴ Gomard 89 s. 53f, Palle Bo Madsen i TFR 1986.613ff om loyalitet og s. 618ff, jfr Vinding Kruse 5. udg. s. 26f, Koktvedgaard kap. 6 afsnit 6 - 9 - om kontraktforholdets betydning, Konkurrenceret s. 256f og nedenfor kap 2.4.1.

loyalitetspligt eller af en konkurrenceklausul.³⁵ En bedømmelse af handlingen må imidlertid ske i lyset af det særlige forhold, at konkurrenten er en tidligere samarbejdspartner/ansat og dermed har kendskab til netop de forhold i virksomheden, som han nu 'påvirker'. En konkurrencehandling vil således som udgangspunkt ske på grundlag af den ansattes kendskab til virksomheden, og det vil indebære, at den tidligere ansatte har fuldt kendskab til de elementer i handlingen, der i det konkrete tilfælde gør denne retsstridig eller er en misligholdelse af hhv. loyalitetsforpligtelsen eller konkurrenceklausulen.

Dette vil indebære, at vurderingen af ansvarsgrundlaget i *kontraktsforhold* vil blive objektiveret, således at hvis en loyalitetsforpligtelse eller en konkurrenceklausul er misligholdt, vil dette - som udgangspunkt - umiddelbart danne ansvarsgrundlag i en erstatningssag - og kunne begrunde nedlæggelsen af forbud eller forfald af en konventionalbod; selve eksistensen af samarbejdsforholdet vil indebære kendskab til de faktiske momenter i handlingen, der gør denne retsstridig.³⁶ Vægten i vurderingen bliver herved flyttet til spørgsmålet, om den tidligere ansattes handling i sig selv er en krænkelse af hhv. mfl. §§ 9 og 1, loyalitetspligten eller en konkurrenceklausul.³⁷ Retsstridighedsterminologien vil i det følgende blive anvendt

³⁵ Markedsføringsloven er en special straffelov og som udgangspunkt uden civilretlig virkning, jfr. Palle Bo Madsen U 1980B.117ff. Imidlertid er netop § 1 ikke strafsanktioneret, idet lovgiver fandt det uholdbart at strafsanktionere et lovbud med så løst et indhold. I overensstemmelse med den tidligere formulering af krl. § 15 er det antaget, at handlinger foretaget i strid med mfl. § 1 kan danne grundlag for såvel forbud som erstatning i en sag mellem stridende parter. Se også betænkning 416/1966 s. 20, 84 og 94.

³⁶ Det kan udtrykkes således, at det er en culpabedømmelse med omvendt bevisbyrde, og teoretisk set kan denne formodning afkræftes. A. Vinding Kruse - Erstatningsret 2. udg. s. 84 og 5. udg. s. 55 anfører, at retsstridigheds- og tilregnelsspørgsmålet ofte behandles under ét, idet afgørelsen af, om handlingen er retsstridig, og forholdet kan tilregnes den pågældende, i meget vidt omfang vil falde sammen. Se også Palmgren s. 199f - Eksistensen af en konkurrenceklausul vil gøre det særdeles vanskeligt at diskutere god tro; jfr. Ussing Køb 4. udgave s. 159f.

³⁷ Der er således et krav om misbrug og årsagsforbindelse - i fremstillingen og markedsføringen - af den viden, som den tidligere ansatte har erhvervet under samarbejdet, for at kunne nedlægge forbud og kræve et tab erstattet. Jfr. bl.a. U 1974.463 HD, U 1975.1049 HD, U 1982.1149 Shd og Palle Bo Madsen i U 1982B.165ff, Markedsret s. 154f og i TIR. 1986.597ff.

på grundlag af disse udviklinger, således at der kun inddrages en særskilt vurdering af de subjektive forhold i de tilfælde, hvor der inddrages spørgsmål om en konkurrenceretlig vurdering af parter, der ikke tidligere har samarbejdet.

1.3. Afgrænsning

1.3.1. Forskellige berørte regelkomplekser

Beskyttelsen af virksomhedernes konkurrenceevne foretages på forskellig måde i lovgivningen. Visse nærmere afgrænsede forhold omfattes af hhv. Patentloven, Ophavsretsloven, Mønsterloven og Varemærkeloven, der indenfor hvert deres område sikrer den berettigede en vis eneret til erhvervsmæssig anvendelse. Herudover beskytter lovgivningen visse forhold i virksomhederne, der ikke er helt så klart kvalificerede; i medfør af markedsføringsloven beskyttes virksomhedernes erhvervshemmeligheder - og virksomhedernes markedsføringsindsats i forhold til forretningsforbindelserne, produkterne m.v. Beskyttelsen af virksomhedernes konkurrenceevne varierer således afhængigt af, om det enkelte forhold er omfattet af eneretslovene og hvor veldefineret det er. Virksomhederne har med andre ord en klar interesse i - hvis muligt - at påberåbe sig beskyttelse i.h.t. eneretslovene og alene som sekundært anbringende at påstå en krænkelse af markedsføringsloven. Dette er f.eks. tydeligt ved beskyttelse af virksomhedernes produkter, hvor der i forhold til en kommercielt nærgående efterligning ofte principalt påberåbes eneret på grundlag af ophavsretsloven.³⁸

Produkter kan også beskyttes i.h.t. Patentloven og Mønsterloven, men begge love har det dobbelte krav, at beskyttelse kræver absolut 'nyhed' samt registrering. Dette gør dem mindre interessante i denne sammenhæng, hvor det er den almindelige konkurrenceretlige beskyttelse og muligheden for aftalemæssigt at ændre på denne, der behandles.

³⁸ Bernitz - Immaterialrett 1987 s. 169f - immaterialrett og konkurrencerett, Formskydd s. 67ff og 81f - vedr. forholdet mellem konkurrencerett og immaterialrett; jfr. også Designskydd s. 29, Konkurrencerett s. 244f, Markedsrett s. 22ff, 90ff, 142f.

Ophavsretsloven - og for markedsføringsforanstaltninger - Varemærkeloven - har således på grund af beskyttelsens karakter et større fællesskab med markedsføringsloven, men heller ikke disse love vil blive behandlet; uagtet de er blevet påberåbt i visse af de af undersøgelsen omfattede sager.³⁹ Undersøgelsens hovedsigte er at belyse, hvilke indskrænkninger i adgangen til at etablere - eller tage ansættelse i - konkurrerende virksomhed, der påhviler en tidligere ansat i forhold til den konkrete virksomhed, og hvorvidt der ved at aftale en konkurrenceklausul kan ændres herpå. Det er således i hovedsagen en konkurrenceretlig vurdering, hvor den ulovbestemte loyalitetspligt og de aftalemæssige muligheder belyses. Det er klart, at tilstedeværelsen af en lovbaseret eneret vil få indflydelse på parternes retsstilling, således at en i den konkrete situation parallel beskyttelse iht. markedsføringsloven enten vil indgå som et led i bedømmelsen efter ophavsretsloven eller blot blive frafaldet som overflødig.⁴⁰

Eneretslovene er således et væsentligt led i beskyttelsen af virksomhedernes særlige indsats. I forhold til de ansatte træder imidlertid den konkurrenceretlige vurdering mere i forgrunden, idet den ansatte igennem sit ansættelsesforhold har et bredt og indgående kendskab til virksomheden. Dette kendskab til virksomheden vil som udgangspunkt ikke være omfattet af eneretslovene, men den ansatte vil ved anvendelsen heraf kunne påvirke virksomhedens konkurrenceevne og ofte reelt tilegne sig dennes investeringer. Den konkurrenceretlige beskyttelse er tillige afgørende anderledes end eneretsbeskyttelsen, idet den alene sikrer virksomheden en relativ beskyttelse imod de ansatte, idet disse har en principielt fri adgang til at etablere - eller tage ansættelse i - konkurrerende virksomhed.

³⁹ Ofte påberåbes primært produktbeskyttelse - iht. ophavsretsloven eller markedsføringsloven - og sekundært kundebeskyttelse. Effekten i forhold til konkurrenten vil i snæver forstand være den samme - forbud eller erstatning, men eneretsbeskyttelsen og til dels også produktbeskyttelsen iht. markedsføringsloven vil give en bredere beskyttelse; jfr. kap. 3 og 4.

⁴⁰ Konkurrenceret s. 242ff og Lærebog i imm. ret s. 61.

Den konkurrenceretlige forpligtelse for de ansatte til at handle loyalt i forhold til virksomheden ved etableringen af egen konkurrerende virksomhed - eller ved ansættelse hos en konkurrent - og forpligtelsen til at bevare tavshed med deres kendskab til virksomhedens forhold er således virksomhedens væsentligste sikring i forhold til de ansatte. Med baggrund heri vil beskyttelsen af virksomheden iht. eneretslovene ikke blive behandlet. Det falder naturligt i forlængelse af den konkurrenceretlige beskyttelse af virksomheden at behandle retsstillingen iht. en konkurrenceklausul, som parterne har vedtaget til supplerende af den konkurrenceretlige beskyttelse.

1.3.2. Offentlig ret og civilret

Markedsføringsloven er som udgangspunkt en offentligretlig reguleringslov, hvis kriterier civilretligt kan danne grundlag for retshåndhævelsesmidlerne forbud og erstatning.⁴¹ I denne afhandling behandles den civilretlige - de berørte parter - synsvinkel, virksomhedernes sikring af deres konkurrenceevne i forhold til de ansatte.

De enkelte lovregler - markedsføringsloven og aftaleloven - varetager en blanding af hensyn til såvel virksomhederne, samfundet og enkeltpersoner. En civilretlig vurdering vil være en bagudrettet vurdering af en aktuel konflikt, hvor hensynene bag lovreglerne vil indgå i vurderingen. En offentligretlig vurdering vil i modsætning hertil - jfr. dog umiddelbart nedenfor - som udgangspunkt vurdere forholdet i et fremadrettet samfundsorienteret perspektiv som et spørgsmål om, hvorvidt en given handling generelt vil kunne betragtes som acceptabel markedsadfærd.

⁴¹ Normerne harmoniseres, og sanktionerne supplerer hinanden - Dansk Forbrugerret s. 147ff (156) og U 1980B.117ff. Den præventive fremadrettede synsvinkel overfor den præventive virkning af individuelle afgørelser - Dansk Forbrugerret s. 48ff, Aftaler og Mellemmænd s. 237f, 356ff

Som påpeget adskillige steder⁴² er der imidlertid et tæt samspil mellem den offentligretlige og civilretlige vurdering. Vurderingen ud fra mfl. § 1 vil således kunne være vejledende for bedømmelsen iht. f.eks. aftalelovens § 36. Bedømmelsen af ansattes konkurrerende adfærd hhv. uden og med en konkurrenceklausul vil dog være en civilretlig vurdering ud fra den enkelte sags individuelle omstændigheder, således at en konkret afgørelse skal vurderes i lyset af disse individuelle omstændigheder for at kunne indgå i en generel vurdering af kriterierne 'god markedsføringsskik' og 'urimelig'; jfr aftalelovens § 36.⁴³ Dette samspil mellem på den ene side en bedømmelse af ansattes konkurrerende adfærd, der hviler på markedsføringsloven og retspraksis, og på den anden side en lovbaseret indskrænkning af adgangen til at aftale konkurrenceklausuler, har væsentlig betydning i dette arbejde. Som det analyseres nærmere i kap. 3 - 6, vil opretholdelsen og udstrækningen af konkurrenceklausuler i forhold til tidligere ansatte således være afhængig af, hvorvidt og i hvilket omfang de underliggende forhold i virksomheden er fundet beskyttelsesværdige også uden konkurrenceklausul - iht. markedsføringsloven eller ud fra retspraksis.⁴⁴

⁴² Krüger Andersen s. 95ff og s. 227ff, Palle Bo Madsen i UI980B.117ff, Dansk Forbrugerret s. 147ff, Gomard 89 s. 134ff

⁴³ Dansk Forbrugerret s. 152ff og 156ff, Krüger Andersen s. 217ff

⁴⁴ Se herom RT 1916/17 tillæg A sp. 2810 vedr. forholdet mellem Aftl. § 38 og 'mfl. § 9'. Vurderingskriterierne kan dog ændre sig radikalt, hvis der for en konkurrenceklausul ydes fuldt - eller dog rimeligt - vederlag - jfr. kap. 13 og 14.

1.3.3. Konkurrencebegrænsning og adfærdsregulering⁴⁵

Samspillet mellem den offentligretlige og den civilretlige vurdering ses også i forholdet til konkurrenceloven, hvis hovedsigte er at "...fremme konkurrencen og dermed styrke effektiviteten i produktion og omsætning...". Hertil har loven flere virkemidler, hvor det umiddelbart er af størst interesse, at der kan gribes ind overfor begrænsningerne i erhvervsfriheden.⁴⁶ Konkurrencebegrænsning er netop en af virkningerne af loyalitetspligten og vedtagelsen af en konkurrenceklausul, men det er omvendt klart, at et ansættelsesforhold ikke vil opfylde de krav til indflydelse på et markedsområde, der er en af betingelserne for at kunne gribe ind efter konkurrenceloven. Hvis der derimod indgås aftale om overdragelse af en personligt drevet erhvervsvirksomhed, hvorved ejeren afskæres fra fremtidig konkurrence, vil der kunne være konkurrencebegrænsende aspekter, der skal vurderes i henhold til konkurrenceloven eller EF-reglerne.⁴⁷ Ved virksomheds-overdragelse vil der kunne være visse ligheder med en ansættelseskontrakt, idet der ved virksomhedsoverdragelsen lades en person tilbage med indskrænkede erhvervsmuligheder - men med blandt andet den væsentlige forskel, at virksomhedsejeren har bedre muligheder for at sikre sin position.

Det skal fremhæves, at der i konkurrencelovens kriterier for accept eller tilsidesættelse af en konkurrencebegrænsning indgår en afvejning af konkurren-

⁴⁵ Von Eyben i festskrift til Poul Andersen s. 114ff - Samspil mellem monopollov og konkurrencelov (mfl) på trods af forskellige synsvinkler, Markedsret s. 22ff, Dansk forbrugerret s. 40 - om sammenhængen mellem forbrugerhensyn og konkurrencebegrænsning; se også s. 149ff, Åndsretten s. 518f. Samspil aftl. § 38 og monopollov - Kobbernagel I s. 33f. Se SOU 1987:17 s. 201ff om overvejelser om at lempe konkurrenceklausuler ud fra overvejelser om konkurrencebegrænsninger.

⁴⁶ I Romtraktatens art. 85 sikres den frie konkurrence ved at forbyde visse konkurrencebegrænsende aftaler.

⁴⁷ Markedsret s. 219 jfr. s. 57f, 2. udg. s. 76f.

cebegrænsningens gavnlige og skadelige virkninger for samfundet.⁴⁸ En tilsvarende vurdering sker i brudlinien mellem eneretslovene og konkurrenceloven, og for dette arbejde skal det særligt påpeges, at afvejningen af virkningerne for samfundet til dels har samme karakter i aftalelovens § 38 stk. 1; både m.h.t. hvorvidt konkurrenceklausulerne overhovedet skal accepteres, og ved afgrænsningen af deres udstrækning.

Det er afgørende i såvel en aftaleretlig - jfr. § 38, stk. 1 - som i en monopolretlig vurdering i henhold til konkurrenceloven, at konkurrenceklausuler grundlæggende accepteres. Virksomhederne gives mulighed for at sikre sig imod konkurrence i det omfang, det er nødvendigt for at få det økonomiske udbytte af deres investeringer; hvad enten det er investeringer i produktudvikling, markedsføring eller køb af virksomhed.⁴⁹ Heroverfor står - i aftaleloven - hensynet til de ansattes og tidligere ejeres erhvervsmuligheder og samfundets interesse i nyttiggørelse af disses erhvervsevne; og - i konkurrenceloven - samfundets interesse i, at konkurrencen ikke begrænses unødvendigt eller elimineres ved privatretlige bindinger. De monopolretlige aspekter - vurderingen af hvor langt konkurrencebegrænsningen skal accepteres overfor hensynet til bevarelsen af konkurrencen i markedet - kan da blive afgrænsende til vurderingen i ansættelsesforhold. Hvis aftalen således er konkurrencebegrænsende ud fra en monopolretlig vurdering, vil dens herudfra regulerede indhold danne udgangspunktet for den civilretlige vurdering efter aftaleloven m.v. - jfr. kap 14 vedr. tidsbegrænsning.

Konkurrenceloven er ændret i forhold til monopolloven på den måde, at dominerende virksomheder ikke kan kræves anmeldt alene p.g.a. af deres dominerende stilling, hvorimod alle virksomheder over en bagatelgrænse (dominerende ind-

⁴⁸ Jfr. også kap. 3.2.4 - vedr. retsstridigheden i særlige situationer. Se om en tilsvarende vurdering - Fejø i Scan. st. in Law 1986 s. 50ff - hvorvidt fuld områdebeskyttelse kan accepteres ud fra en økonomisk vurdering.

⁴⁹ Betænkning 1075/86 s. 234f. Se nærmere herom i kap. 14.

flydelse på et markedsområde) kan være genstand for indgreb.⁵⁰ Endvidere er lovens hovedmål at opnå øget gennemsigtighed på markedet - for at fremme konkurrencen og dermed styrke effektiviteten - og det væsentligste middel hertil er, at konkurrencerådet offentliggør undersøgelser om bl.a. virksomhedernes kommercielle forhold; jfr. lovens § 8 smh. med § 10, stk. 2.⁵¹ Ved disse generelle undersøgelser er alle virksomheder omfattet; der gælder ikke nogen bagatelgrænse eller betingelser om indflydelse på et markedsområde. Konkurrenceloven ændrer således på det 'legale udgangspunkt', idet et i en markedsundersøgelse offentliggjort forhold ikke kan betragtes som erhvervshemmelighed for virksomheden. Der vil dog stadig kunne aftales en konkurrenceklausul med grundlag bl.a. i virksomhedens kommercielle erhvervshemmeligheder,⁵² idet en konkurrenceklausul med grundlag heri sædvanligvis begrundes i flere beskyttelsesværdige forhold, hvor f.eks. de personlige relationer til forretningsforbindelserne kan fremhæves; jfr. kap. 3 - 6. Ligeledes indebærer denne udvidede mulighed for konkurrencerådet til at indsamle og offentliggøre oplysninger ikke nødvendigvis, at dette faktisk vil ske i alle brancher.

⁵⁰ Jfr. Markedsret 2. udg. s. 64f. I henhold til konkurrencelovens § 7 kan der konkret pålægges pligt for enkeltvirksomheder til at indberette priser mv.

⁵¹ Der er tilsvarende i konkurrencelovens § 10, stk. 1, en generel adgang til aktindsigt vedr. disse forhold. Afgrænsningen af denne adgang er genstand for diskussion; jfr. nærmere Konkurrenceret s. 58ff og Sølvkjær - Konkurrenceloven med kommentarer.

⁵² Se om kommercielle erhvervshemmeligheder - Carlsen s. 366 og s. 381ff, Betænkning 1075/1984 s. 233ff, Castrén i NTR 1967.287f, SOU 1983:52 s. 166ff og diskretionspligtens genstand s. 9ff. Se også 1969 - Års överenskommelse - gengivet i SOU 1983:52 som bilag 3, hvor alene tekniske erhvervshemmeligheder kan danne grundlag for konkurrenceklausuler.

KAPITEL 2. CENTRALE REGLER

2.1. Rammen

2.1.1. Markedssamfundet¹

I det danske samfund er det et grundlæggende princip, at enhver har adgang til at etablere sig i et hvilket som helst erhverv. Princippet om fri - og lige - adgang til erhverv er fastslået i Grundlovens § 74, og det er lagt til grund ved den senere udformning af den danske lovgivning.² Til ex. kan nævnes den nu af konkurrenceloven afløste monopollov, hvis formål bl.a. var at sikre - de bedst mulige vilkår for - den frie erhvervsudøvelse ved at give hjemmel til at gribe ind over for aftaler m.v., der var konkurrencebegrænsende, og som til ex. medførte urimelig indskrænkning eller ulighed i vilkårene for den frie erhvervsudøvelse - jfr. monopollovens § 11. Dette formål er til dels videreført i konkurrenceloven, hvis hovedsigte er at bidrage til øget konkurrence og dermed effektivitet i produktion og omsætning. "Den frie erhvervsudøvelse, forstået som etableringsfrihed eller 'fri adgang til markeder', er en grundlæggende forudsætning for virksom konkurrence og for effektiviteten..."³ Udover den fri erhvervsadgang er det i dansk ret endvidere et grundlæggende princip, at udnyttelsen af viden og ideer er fri, medmindre der ved lov - eller på aftalebasis - er sket indskrænkning heri.

I markedssamfundet er de to ovennævnte principper af fundamental betydning. De er udtryk for den problemstilling, at den optimale udvikling af samfundet m.h.t. højnelse af den materielle levestandard vil ske i et samfund, hvor markedskræfterne råder, eller der kan siges at være fri konkurrence. Disse principper er udgangspunktet for forståelsen og fortolkningen af mfl. §§ 1 og 9 og for fortolkningen af konkurrenceklausuler. Det vil således som udgangspunkt ikke uden

¹ Konkurrenceret s. 33ff, Krüger Andersen s. 265f, Carlsen s. 381f.

² Se herom tillige Kobbernagel I s. 38ff og Torben Lund i NIR 1958.43ff.

³ Bemærkningerne til lovforslag nr. L 191 - fremsat den 25/1 - 1989, jfr. nu lov nr. 370 af 7/6 - 1989. Se om loven også kap. 1.3.3.

enten aftale eller lovhjemmel være muligt at afskære en ansat fra at etablere konkurrerende virksomhed - eller tage ansættelse i en sådan; jfr. nærmere nedenfor om konkurrencebeskyttelse, loyalitetspligt og konkurrenceklausuler.

2.1.2. Moral og marked⁴

At der overhovedet opstår et spørgsmål om beskyttelse af virksomhedernes erhvervshemmeligheder - og sikring af en erhvervsmæssig investering af kapital og arbejdskraft - kan siges at være en konsekvens af markedssamfundet med fungerende konkurrence.⁵ I et markedssamfund vil et stort antal af konkurrenter øge kravene til forskning, teknologisk udvikling, rationalisering og effektivisering. Dette - i sig selv - vil medvirke til at give samfundet øget velfærd, og det vil - som en konsekvens af billigere produktion på højere niveau - stille samfundet bedre i konkurrence med udlandet.⁶ Under relativt fri konkurrence forsøger den enkelte virksomhed at tilegne sig så stor en del af markedet som muligt. Midlerne hertil er bl.a. udvikling af virksomhedens produktion, markedsføring og administration. For at få en fordel i 'kampen' om markedsandele forsøger virksomhederne at bevare særlig anvendelige metoder for sig selv.⁷ Disse metoder kan omfatte ethvert forhold, der kan øge eller fastholde virksomhedens økonomiske gevinst, eller øge dens markedsandel med henblik på fremtidig at opnå øget gevinst. Herved er beskyttelsesspørgsmålet født.

⁴ Se Diskretionspligtens genstand s. 20ff, Castrén i NIR 1967.280ff og i NIR 1974.50ff, Designskydd s. 11ff, Marksrets s. 22ff.

⁵ SOU 1983:52 s. 268 ff og s. 284ff

⁶ Se 'Hemmelighet' s. 3, hvor det påpeges, at i forhold til udlandet er det nødvendigt at have et effektivt værn for erhvervshemmeligheder.

⁷ Hemmelighet s. 1ff vedr. nødvendigheden af at hemmeligholde særlig anvendelige metoder og s. 9ff vedr. udviklingen i hemmelighedsbeskyttelsen.

Om grundene til at indføre særlige regler - for beskyttelsen af erhvervshemmeligheder⁸ - anføres det i Sou 1983:52 s. 268 ff:⁹ (min oversættelse)

1. Viljen til at investere i teknisk udviklingsarbejde svinder, hvis ikke virksomhederne i rimelig udstrækning får beskyttelse for deres særlige viden.
2. Man bør ikke tillade angreb, som medfører, at angriberen snylter på andre virksomheders udviklingsindsatser.
3. Der er brug for et internationalt set rimeligt beskyttelsesniveau for at 'svenske' virksomheder kan tiltrække udenlandsk viden.

Af de her anførte 3 grunde til at give særlige regler lægger udredningen selv mest vægt på det under 2 anførte; det fra eneretslovene og markedsføringsloven kendte argument om snyltning på andres indsats, hvorved snylteren beriges på grundlag af denne. Dette er et klart retspolitisk argument, og jeg finder, at det ligger ganske tæt på det under pkt. 1 anførte. Den moralske fordømmelse, der ligger i pkt. 2, er blot en anden måde at udtrykke det forhold, at det samfundsøkonomisk er mest hensigtsmæssigt, at den, der foretager en indsats, også sikres de økonomiske resultater heraf.¹⁰

I begrundelserne for at indføre den oprindelige konkurrencelovs regler - nu mfl. §§ 9 og 1 - var det mere moralske end økonomiske argumenter, der motiverede lovgivningen. Der taltes om, at 'den hæderlige forretningsmand bringes ud i

⁸ Se tilsvarende SOU 1987:I s. 36f og s. 188ff. Se også Formskydd s. 56f, s. 60ff og s. 434ff, hvor der fremsføres tilsvarende argumenter for en lovgivningsbaseret beskyttelse af produkters udformning.

⁹ Se nu Lag af 31. maj 1990 om skydd för företagshemligheter.

¹⁰ Der er såvel en ekstern som en intern dimension, hvor virksomheden i forhold til uvedkommende kan sikres ved passende sikkerhedsforanstaltninger. Anvendt på ansatte er argumenterne imidlertid sammenfaldende. Se nærmere om snyltningsargumentet: SOU 1987:I s. 266, Hemmelighet s. 20f, Åndsretten s. 4, Koktvedgaard - lærebog s. 24f, Løchen s. 115, Formskydd s. 63f og 69f.

uføret¹¹, om tillidsforhold og troskabspligt¹², om illoyal konkurrence¹³, og de bagvedliggende økonomiske argumenter afdækkedes ikke direkte. Udgangspunktet for indførelsen af de berørte lovregler - mfl. §§ 9 og 1 - var således nok moralsk begrundet, men der var i begrundelsen for lovens oprindelige udformning en klar økonomisk baggrund; de mindre handlende følte sig trængt ved andres anvendelse af metoder, der påførte dem en konkurrence, som de ikke kunne eller ville følge op. Der kan således i forbindelse med vedtagelsen konstateres et tæt samspil mellem de moralske og økonomiske argumenter.

Der kan vælges forskellige afgrænsninger af den loyale konkurrence i relation til at sikre den optimale udvikling af samfundet. Afgrænsningen er ikke alene et spørgsmål om økonomi, men også om at beskytte enkeltindivider i samfundet. Der er i lovgivningen foretaget en vægtning til fordel for virksomhederne - jfr. nærmere i kap. 2.2 og 2.3 - hvor f.eks. hensynet til ansattes mobilitet, adgangen til at etablere sig som konkurrent eller kompensationen af de ansatte ved konkurrenceklausuler kunne være prioriteret højere.¹⁴ Imidlertid må det ud fra en gennemsnitlig betragtning - og ihvertfald ved at se forholdet i lyset af konkurrence fra udlandet - være vitalt for samfundet, at virksomhederne sikres det økonomiske udbytte af deres egen indsats og dermed gives et væsentligt incitament til at investere i og øge den erhvervsmæssige udvikling.¹⁵ Der kan således konstateres

¹¹ Rigsdagstidende 1911/12 tillæg A sp. 3459.

¹² Carlsen 4. udgave s. 135ff

¹³ Rigsdagstidende 1936/37 tillæg A sp. 2487ff, jfr. RT 1935/36 sp. 3715ff. Se Åndsretten s. 510 - den som bruger sådanne midler får et urimeligt forspring i forhold til mere nøjeregnende konkurrenter.

¹⁴ Se herom Koltvedgaard - lærebog s. 22ff, samme - imm.pos. s. 357f, Castrén i NIR 1967.280, hvor der argumenteres mod beskyttelsen af erhvervshemmeligheder efter ansættelsens ophør og samme i NIR 88.62ff. Se også SOU 1983:52 s. 314ff, 386ff og 390ff

¹⁵ Jfr. kap. 2.2 vedr. markedsføringsloven. Designskydd. s. 11ff - samfundet har en interesse i, at investeret kapital, arbejdskraft og viden anvendes på optimal vis og dette fører med sig, at samfundet har en interesse i at værne den kreative indsats.

et samspil mellem - og en afbalancering af - den fri adgang til konkurrence og virksomhedernes muligheder for at få det økonomiske udbytte af deres egen indsats.¹⁶

2.2. Markedsføringsloven - kriterier og hensyn i en vurdering¹⁷

2.2.1. Forarbejder

'Konkurrenceloven'¹⁸ - der i 1974 blev afløst af markedsføringsloven - indførtes i 1912. Til grund for denne lå flere års arbejde med en betænkning, der blev færdig den 1. maj 1911. Der havde i adskillige år forud været tale om regulering af vilkårene for erhvervsudøvelsen - virksomhedernes indbyrdes konkurrence, idet det følte som et savn, at der ikke kunne gribes ind over for bl.a. visse former for *uhæderlig konkurrence* og falsk reklame.¹⁹ Det var karakteristisk, at det var de handlende selv, der ønskede en regulering af erhvervsudøvelsen indført ved lov; især de mindre handlende og deres organisationer.²⁰ Troen på kræfternes frie spil og den deraf følgende fremgang for samfundet var vigende, og det fandtes hensigtsmæssigt med en lovgivningsbaseret regulering af konkurrencen; såvel

¹⁶ Formskydd s. 63f og s. 436f. R.W. Hansen i NIR 1988.505ff med særligt henblik på medicinalindustrien - Det er en klar forudsætning for en fortsat kostbar produktudvikling, at der eksisterer en effektiv beskyttelse af adgangen til at få det økonomiske udbytte af indsatsen - evt. i længere tid.

¹⁷ I dette afsnit angives retningslinier for fastlæggelsen af bestemmelsens indhold, i kap. 3 - 6 drøftes, hvilke pligter bestemmelsen medfører for de ansatte, i kap. 14 forpligtelsens tidsmæssige udstrækning.

¹⁸ Konkurrenceret s. 33ff, Greve s. 91ff, Kobbernagel I s. 69ff, Dübeck i Festskrift til Vagn Dybdahl s. 119ff, Hemmelighet s. 34f.

¹⁹ Betænkning af 1/5 1911, gengivet i Rigsdagstidende 1911-12 tillæg A-II sp. 3443 ff, særligt RT 1911/12 tillæg A-II sp. 3451 ff.

²⁰ Vagn Dybdahl i Erhvervshistorisk årbog 1952 s. 90 ff

mellem virksomhederne indbyrdes²¹ som i forholdet mellem virksomhed og ansat.²²

I denne sammenhæng er det mest interessante, at der i 1912 blev indført en bestemmelse, hvorefter det blev strafbart at benytte - eller meddele til andre - sin arbejdsgivers *forretnings- eller driftshemmeligheder*. Begrundelsen for at indføre en regel af dette indhold er ganske karakteristisk, idet den henviser til selve ansættelsesforholdets grundbestanddele. I betænkningen anføres: "... at det tillidsforhold, der ... bør være til stede mellem principal og funktionær ... berettiger til at stille krav om troskabspligt."²³ Man havde således den situation for øje, hvor en ansat - ved at røbe eller anvende arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder - krænkede det tillidsforhold, der var mellem ham og arbejdsgiveren. Bestemmelsen har siden været en del af dansk ret og den er kun undergået ubetydelige forandringer i formuleringen; bestemmelsen udgør nu en del af markedsføringsloven, nærmere bestemt § 9, stk. 2.²⁴

I 1937 føjedes en *generalklausul* til konkurrenceloven - jfr. nu mfl. § 1. Også her var det efter udenlandsk forbillede, idet såvel Norge som Tyskland havde en tilsvarende bestemmelse. Endvidere var det i Pariserkonventionen i 1925²⁵ anbe-

²¹ RT 1911/12 tillæg A-II sp. 3451 ff.

²² I udlandet var det tilsvarende overvejelser, der i Tyskland havde ført til at lovgive om den illoyale konkurrence i 1896 og 1909. I loven af 1912 genfindes mange af de forhold, der reguleres i den tyske lov af 1909, jfr. I. Dübeck i festskrift til Vagn Dybdahl s. 127.

²³ Rigsdagstidende 1911/12, tillæg A sp. 3462, jfr. lov nr. 137 af 8/6 - 1912.

²⁴ Bestemmelsens formulering blev ændret i 1924, lov nr. 98 af 20/3 - 1924 og i 1972, lov nr. 89 af 29/3 - 1972, jfr. nu markedsføringsloven - lov nr. 297 af 14/6 - 1974, men i sin substans er den ikke ændret væsentligt.

²⁵ Forarbejderne til krl. § 15 (mfl. § 1) - RT 1936/37 tillæg A sp. 2487; jfr. RT 1935/36 tillæg A sp. 3715 med bilag. Pariserkonventionen som revideret i Haag i 1925 og i London i 1934 indeholdt en fastlæggelse af begrebet 'illoyal konkurrence': "Ved illoyal konkurrence forstås enhver i konkurrenceøjemed foretagen handling, som strider mod hæderlig forretningsskik i industri- og handelsforhold." jfr. Kobbernagel I s. 187f.

falet, at deltagerlandene optog en sådan bestemmelse i deres lovgivninger. Med denne klausul var det tanken, at forhold, som man tidligere ikke kunne ramme retligt, uanset at de var moralsk forkastelige, nu skulle kunne forbydes og give hjemmel for erstatning.²⁶ At der var visse betænkeligheder ved at indføre en regel med så løst et indhold, kan ikke undre.

I 1972 indføjedes i konkurrenceloven en bestemmelse, hvorefter *tekniske tegninger* m.v. blev beskyttet imod ubeføjet benyttelse.²⁷ Bestemmelsen byggede på et udredningsarbejde, der i fælles nordisk regi var nedsat med det sigte at revidere konkurrencelovene. Som omtalt i kap. 2.2.3.2 er det tvivlsomt, hvilket selvstændigt indhold bestemmelsen har. Bestemmelsen er optaget i markedsføringsloven som § 9, stk. 3. Der blev endvidere indført en beskyttelse af erhvervsvirksomhederne imod *intern 'spionage'* og en *hæleribestemmelse*. Disse ændringer blev i alt væsentligt gennemført på grundlag af betænkning 416/1966,²⁸ og de er nu videreført i markedsføringsloven.²⁹

2.2.2. Markedsføringslovens § 1³⁰

Markedsføringslovens § 1 (mfl.) fastslår, at der i erhvervsvirksomhed ikke må 'foretages handlinger, som strider mod god markedsføringsskik'. Ordene giver i sig selv ikke megen vejledning, og det er karakteristisk, at der ikke i forarbejderne er givet nogen afgrænsning af området for anvendelsen af § 1. Mfl. § 1 er en såkaldt

²⁶ RT 1935/36 tillæg A sp. 3227ff, Se 'Om avtalsetik' - Taxell i JFT 1979.487ff

²⁷ Lov nr. 89 af 29. marts 1972.

²⁸ Jfr. lov nr. 89 af 29/3-1972, FT 1971/72 sp. 723, 1089, tillæg A sp. 545, - C 217.

²⁹ Lov nr. 297 af 14/6 - 1974 - FT 1973/74 sp. 3251, 4800, tillæg A sp 2241; jfr. bet. 681/1973.

³⁰ Formskydd s. 361ff, Designskydd s. 28ff og 59ff, Markedsret s. 145ff, Krüger Andersen s. 118ff og s. 260ff, Dansk Forbrugerret s. 47ff, Løchen - Markedsføringsloven med kommentarer - Oslo 1987, Taxell i JFT 1979.487ff. Se også Karsten Revsbech i Nordisk Administrativ Tidsskrift nr. 2 og 3/1990: Den Danske Forbrugerombudsmands udfyldning af generalklausulen.

'retlig standard', hvor det er hensigten, at indholdet skal fastlægges ved domstolernes praksis.³¹

Domstolene er ikke uden vejledning ved bedømmelsen af, om en given handling skal klassificeres som en overtrædelse af § 1. Udgangspunktet for vurderingen er en generel bedømmelse af de anvendte konkurrencemidlers tilladelighed. I vurderingen vil der indgå en række momenter, der skal afvejes; til ex. konkurrencemomentet, efterligningsmomentet, efterligningens grovhed etc. Anvendelsen af markedsføringsloven § 1 sker hermed indenfor visse elastiske rammer, hvor en sag i sidste ende vil blive afgjort på grundlag af de konkrete omstændigheder i netop denne sag.³²

Den vurdering, som domstolene skal foretage, er at klassificere en given handling som acceptabel eller som værende i strid med god markedsføringsskik. Uanset om domstolene ved denne vurdering lader sig lede af forskellige understandarder, vil der stå en kerne tilbage, hvor der er tale om en moralsk vurdering. Dette harmonerer med baggrunden for reglens indførelse - jfr. kap. 2.2.1 - at det fandtes kritisabelt, at visse handlinger, der efter almindelig opfattelse³³ var i strid med redelig handlemåde, ikke var omfattet af nogen lovregel og dermed ikke kunne imødegås.

³¹ Jfr. Sundberg i Festskrift til Jan Hellner s. 659 - hvorvidt tolkningen og udfyldningen af generalklausulen kan styres politisk. Allerede ved sin gennemførelse i 1937 havde generalklausulen en ganske vag formulering, jfr. forbillederne i den tyske bestemmelse fra 1909 og Pariserkonventionen fra 1925. Jfr. Kobbernagel I s. 185f - Generalklausulen har karakter af en programmerklæring. Den symboliserer et mål og en almindelig retningslinje.

³² Fremhævelsen af de individuelle omstændigheders betydning skal ses i lyset af, at kontraktforholdet har væsentlig betydning for bedømmelsen efter mfl. § 1 - jfr. kap. 2.4, og at bestemmelsen civilretligt anvendes som grundlag for forbud og/eller erstatning.

³³ Levin 1943 s. 108ff

Dette skal naturligvis ikke forlede til at tro, at domstolene klassificerer enhver lidet moralsk handling som stridende mod § 1,³⁴ men omvendt vil der - som netop nævnt - i enhver bedømmelse efter § 1 ligge en moralsk vurdering. Dette er både bestemmelsens styrke og svaghed, idet det på den ene side gør det muligt at tage hensyn til den løbende samfundsudvikling og på den anden side vanskeliggør en vurdering af, om en given fremtidig handling vil blive bedømt som værende i strid med § 1.³⁵ Det centrale i denne forbindelse er imidlertid, at der ved erkendelsen af, at § 1 er en retsregel, hvis indhold bl.a. skal fastlægges ud fra moralske kriterier, gives domstolene mulighed for at tage direkte hensyn til de - modstridende - interesser i samfundet, der har en interesse i at fastlægge begrebet 'god markedsføringsskik'.³⁶

Markedsføringslovens § 1 vedrører erhvervsvirksomhedernes ydelser i markedet, og mfl. § 1 vil således primært beskytte virksomhedernes afsætning, hvadenten denne giver sig til kende i form af markedsføringsmetoder eller udformningen af produkter.³⁷ Den konkurrent, der plagierer disse forhold, tilegner sig reelt virksomhedernes investeringer i markedsføring og produktudvikling. Grundlaget for konkurrencen skal principielt være virksomhedernes præstationer m.h.t. valg af

³⁴ Koktvedgaard s. 352

³⁵ Konkurrenceret s. 33ff og s. 250, Krüger Andersen s. 140ff, Markedsret s. 145ff, Formskydd s. 363ff. SOU 1987:I s. 203. Se også Kobbernagel I s. 185 - "borgerne (må kunne have) tillid til, at reglen stedse fortolkes i overensstemmelse med den gældende retsopfattelse." Mfl. § 1 er ikke strafbelagt.

³⁶ L.E. Taxell i festskrift til Curt Olsson. JFT 1979 s. 487 ff. Det skal dog præciseres, at mfl. § 1 er en retsregel, hvis anvendelse "skal være egnet til at danne et mønster for erhvervsudøvelsen." - jfr. Koktvedgaard s. 352f og 368. Se også herom Åndsretten s. 521 - skønnet i afgørelsen skal bygge på solidt materiale og anvendes ensartet. Se også Kobbernagel I s. 202 f, Dansk Forbrugerret s. 48, Taxell i JFT 1979.487ff og i JFT 1984.606ff.

³⁷ Koktvedgaard s. 360, Løchen s. 34 og 36 - God forretningsskik må en dommer få oplysninger om gennem opfattelsen hos seriøse næringsdrivende på området, men - jfr. Åndsretten s. 527ff - han må forholde sig selvstændigt hertil. Markedsret s. 251f, Formskydd s. 366.

produkter, disses kvalitet, pris, service m.v.³⁸ Om det herudover skal tillades andre at tilegne sig resultaterne af virksomhedernes indsats, er klart et spørgsmål, der falder ind under en bedømmelse efter mfl. § 1. Der er herom anvendt ord som 'snyltning'³⁹ og 'høste hvor andre såede'⁴⁰, og som ordene ud fra deres normale forståelse antyder, antages dette - at tilegne sig resultaterne af andres indsats - i et vist omfang at være samfundsmæssigt uacceptabelt. Markedsføringslovens § 1 kan således ses som et udtryk for et samspil mellem den enkeltes ønske om at få det optimale resultat af sin indsats, hvorved han får et incitament til at yde noget mere; og samfundets interesse i at sikre grundlaget herfor.⁴¹

For at belyse vanskeligheden i bedømmelsen af virksomhedernes muligheder efter mfl. § 1 for at gribe ind overfor tidligere ansattes etablering og drift af konkurrerende virksomhed, skal det netop anførte sammenholdes med det i kap. 2.1 anførte, at adgangen til ethvert erhverv er fri, jfr. princippet i grundlovens § 74. Der er således *fri adgang til at påføre de eksisterende udbydere konkurrence* med henblik på at opnå økonomisk gevinst herved.⁴² Endvidere står det enhver frit for - på grundlag af egen indsats - at oparbejde en produktion, uanset at denne hviler på en idé, som andre også har udnyttet, og hvis anvendelse virksomheden betragter som noget særligt for denne - evt. som en erhvervshemmelighed. Det er netop et grundtræk i hele vores kultur, at udvikling og fremskridt bygger på

³⁸ Jfr. Markedsret s. 24f og Krüger Andersen s. 260ff. Se også Koktvedgaard s. 369 og Karen Dyckjær-Hansen: Om parallelimport U 1982B.154 ff.

³⁹ Koktvedgaard s. 323.

⁴⁰ Hemmelighed s. 16 ff, Åndsretten s. 4, 505ff, Formskydd s. 64ff og Designskydd s. 11ff, hvor det illoyale anføres som 1) at nå hurtigere eller billigere til et resultat eller 2) at snylte på virksomhedens goodwill.

⁴¹ Se også om forbrugernes kort- og langsigtede interesser - Designskydd s. 12f, Konkurrenceret s. 246f.

⁴² Kobbernagel I s. 200ff

efterligning og udbygning af andres indsats.⁴³ Disse forhold danner rammen om bedømmelsen efter mfl. § 1 og antyder noget af den kompleksitet, som denne bestemmelse rummer. Hertil kommer det væsentlige kontraktlige aspekt - det nu ophørte ansættelsesforhold. På dette grundlag skal de kriterier findes, der adskiller den loyale udnyttelse af andres indsats fra den illoyale.

2.2.3. Markedsføringsloven § 9 - Erhvervshemmeligheder m.v.^{44 45}

2.2.3.1. hvad er beskyttet som erhvervshemmelighed efter stk. 2

§ 9 stk. 2 har ordlyden:

"Er den pågældende kommer til kendskab om - eller har han fået rådighed over - virksomhedens erhvervshemmeligheder, må han ikke ubeføjet viderebringe eller benytte sådanne hemmeligheder. Forbuddet vedvarer i 3 år efter tjenesteforholdets, samarbejdsforholdets eller hvervets ophør."

Mfl. § 9, stk. 2, er den centrale bestemmelse om beskyttelse af virksomhedernes erhvervshemmeligheder. Af selve ordet 'erhvervshemmelighed' kan der ikke udledes noget om, hvilke forhold der er omfattet, men ud fra en almindelig

⁴³ Koktvedgaard s. 356, Markedsret s. 153f, Åndsretten s. 532, Hemmelighet s. 20f, Formskydd s. 53ff, SOU 1987:I s. 188ff - effektivitet og udvikling fremmes af adgangen til at anvende andres indsats

⁴⁴ Greve s. 79ff, Konkurrenceret s. 258ff, Markedsret s. 230ff, Krüger Andersen s. 293ff, Castrén i NIR 1988.62ff, Se generelt herom - Diskretionspligtens genstand, Carlsen s. 366f, SOU 1983:52 s. 284ff, Ståhlros s. 25ff og 311ff. Om beskyttelsens indhold - se kap. 6 og den tidsmæssige udstrækning kap. 14.

⁴⁵ Om valget mellem patent og hemmelighedsbeskyttelse - se Leif Ståhlros i 'Ulf 50': Patent eller hemmelighedsbeskyttelse, og samme i 'Företagshemmelighet'. Eneret til den erhvervsmæssige anvendelse af en idé er et tilbud, som lovgivningen stiller til disposition; en manglende eneretsbeskyttelse udelukker ikke hemmelighedsbeskyttelse efter mfl. § 9 mv. Begrundelsen herfor er bl.a., at det kan være tvivlsomt, om en opfindelse er patenterbar, og en afslået ansøgning om patent har herved blotlagt opfindelsen for konkurrenterne. Endvidere er patentbeskyttelsen tidsbegrænset, og den faktiske løbetid kan være ganske kortvarig, hvis sagsbehandlingen i patentdirektoratet trækker ud - jfr. Hansen i NIR 1988.506ff. Endelig kan visse patenter let omgås af en fagkyndig, der gennem patentbeskrivelsen og patentkravet er blevet gjort opmærksom på den nye løsning; jfr. Koktvedgaard s. 298ff, Munch i U 1981B.45ff og Hemmelighet s. 18. Se også vedr. samspillet mellem markedsføringsloven og konkurrenceklausuler - jfr. kap. 2.4.4.

sproglig forståelse af ordet 'hemmelighed' er det klart, at der skal visse kvalificerende omstændigheder til for at opnå beskyttelse efter denne bestemmelse.⁴⁶

Erhvervshemmelighedsbegrebet har sin oprindelse tilbage i loven af 1912. Mfl. § 9 anvender udtrykket erhvervshemmelighed, hvor konkurrenceloven og loven af 1912 tidligere anvendte et to-leddet udtryk: forretnings- eller driftshemmeligheder. I forarbejderne til loven af 1912 defineres begrebet ikke, hvorimod betænkning 416/1966 giver en exemplifikation af, hvad dette kan omfatte.⁴⁷ Det tidligere udtryk må anses for mere beskrivende, men der er ikke tilsigtet nogen ændring i, hvilke forhold bestemmelsen omfatter.⁴⁸

Bestemmelsens sigte er at regulere tavshedspligten vedrørende visse forhold, der er af særlig vital betydning for virksomhederne. Der må foretages en opdeling i, hvilke *forhold der kan have økonomisk betydning* for virksomhederne og *hvorledes virksomhederne beskytter disse forhold*.⁴⁹

⁴⁶ Der er ikke fastlagt nogen endelig definition af begrebet knowhow og jeg har derfor valgt at anvende det retlige begreb 'erhvervshemmelighed', således som dette fremgår af mfl. § 9 og retspraksis. Vedr. afgrænsning af begrebet 'Know how' - se Koktvedgaard s. 314ff: "... konkrete, praktiske erfaringer indenfor et bestemt erhvervsområde, der tillægges en sådan betydning, at andenmand kan have interesse i at betale vederlag for at få oplysning herom." do. s. 313 - grænsen overfor erhvervshemmeligheder er flydende. Konkurrenceret s. 244f, Licensaftalen s. 50f og s. 100ff, Ståhlros s. 55f, hvor hemmelig know how sættes lig erhvervshemmeligheder og s. 79ff - jfr. også SOU 1983:52 s. 372, Hemmelighed s. 18f.

⁴⁷ RT 1911/12 tillæg A-II sp. 3433 ff og bet. 416/1966 kapitel 6 s. 30. Der anføres bl.a.: "... visse forhold vedrørende produktionen eller indkøbs- og salgsorganisationen, der har særlig betydning for virksomhedens konkurrenceevne...". Som en exemplifikation heraf kan vedrørende produktionen - som driftsteknisk erhvervshemmelighed - nævnes produkter under udvikling, fremstillingsmetoder, sammensætning m.v.; vedrørende indkøbs- og salgsorganisationen - som kommerciel erhvervshemmelighed - viden om avancer, kalkulationer, kunder m.v. Jfr. også SOU 1983:52 s. 164 og s. 284 ff, se f.eks. U 1942,94 HD (Vlt 41.152) hvor en ansat i forbindelse med sin fratræden til 15 af virksomhedens kunder fremsendte brev med angivelse af virksomhedens indkøbspriser på materialer.

⁴⁸ Bet. 416/1966 s. 96 f.

⁴⁹ Kun sådanne forhold undersøges, som kan have betydning for virksomhedernes konkurrenceevne, idet markedsføringsloven omhandler virksomhedernes ydelser i markedet, og § 9 har sit kerneområde i forholdet til konkurrerende virksomheder. Se også Greve s. 117ff.

Koktvedgaard søger at opstille en sætning om, hvad beskyttelsen dækker⁵⁰:

"...Ethvert lidet kendt teknisk og merkantilt forhold, der kan finde anvendelse i erhvervslivet, og som der er en reel interesse i at kunne holde hemmeligt."⁵¹

Under begrebet 'erhvervshemmelighed' er det ikke nogen betingelse, at det omhandlede forhold manifesterer sig på nogen konkret vis. Der kan være tale om viden lagret i database, i den menneskelige hukommelse, på tryk eller evt. i et produkt. Forhold af mere konkret karakter kan også være omfattet af mfl. § 9, stk. 3.

Beskyttelsen vil ofte vedrøre mere konkret viden, men den kan også omfatte forhold af mere ubestemt karakter. Dette sås i afgørelsen U 1975.1049 HD - Dancom - hvor den tidligere ansatte S' forpligtelser omfattedes af mfl. § 9 - uanset den beskyttede videns enkeltbestanddele ikke kunne betragtes som noget særligt for virksomheden. I dommen beskyttedes den konkrete sammenstilling af viden, som var oparbejdet i virksomheden med ordene: "... (den) sum af viden, som Sørensen havde erhvervet under sit udviklingsarbejde."⁵²

⁵⁰ Koktvedgaard s.304, se samme s. 296ff.

⁵¹ Markedsret s. 232: "ethvert kommercielt eller driftsteknisk forhold (viden eller erfaring), som repræsenterer en økonomisk værdi for virksomheden, eller som giver virksomheden et 'forspring' i forhold til konkurrenterne på markedet, og som der derfor er en reel interesse i at kunne holde for sig selv ('holde hemmeligt')."
Krüger Andersen s. 295: "Erhvervshemmeligheder kan i øvrigt angå ethvert forhold af kommerciel betydning, som der kan være en reel interesse i at holde hemmeligt". Se også SOU 1983:52 s. 287

⁵² Se nærmere om dommen i kap. 6. Der må stilles visse kvalitetskrav - ikke enhver tilfældig sammenstilling af fri viden kan være beskyttet som erhvervshemmelighed. SOU 1983:52 s. 375f - der må stilles visse krav til investering af kapital og arbejdskraft. Det må være noget særligt for virksomheden og have økonomisk værdi; jfr nedenfor om hemmelighedskravet. Se også U 1930.246 HD - Piskefløde - hvor forholdet ansås som erhvervshemmelighed uanset: "... fremgangsmåden for en fagmand i og for sig var en nærliggende løsning af opgaven." Dommen illustrerer behovet for at kunne sikre ikke-patenterbare forhold i relation til de ansatte, og at beskyttelsen kan være meget usikker i forhold til andre.

Genstanden for erhvervshemmelighedsbegrebet må med andre ord være ethvert økonomisk relevant internt forhold i virksomheden, der kan påvirke dennes konkurrenceevne. At der må ske en afgrænsning heraf, fremgår allerede af, at der skal være tale om en 'hemmelighed'; der stilles altså visse krav til den beskyttelse, virksomhederne foretager med henblik på at sikre deres viden og konkurrenceevne.⁵³

For at opnå beskyttelse efter mfl. § 9, stk. 2, må det omhandlede forhold kunne betragtes som en *hemmelighed*.⁵⁴ Lovens forarbejder giver ikke megen vejledning ved afgrænsningen af hemmelighedsbegrebet. Betænkningen anfører udtrykkeligt,⁵⁵ at den "... ikke har foretaget nogen nærmere bestemmelse af hemmelighedsbegrebet, idet afgørelsen heraf må bero på omstændighederne i de enkelte sager." Det må dog - ud fra ordets sædvanlige forståelse - kunne slås fast, at det skal være noget for denne erhvervsvirksomhed særligt, et udtryk for virksomhedens investeringer og indsats.⁵⁶ Personkredsen, der kender forholdet, må være afgrænset.⁵⁷ Virksomheden må endvidere have tilkendegivet - udtrykkeligt eller som et naturligt led i driften - at den har interesse i at beskytte de omhandlede forhold.⁵⁸ Der kan ikke stilles noget krav om, at det kun er personer inden for virksomhedens rammer, der kender forholdet, men omvendt må det krav stilles,

⁵³ Se også nedenfor kap. 6.1.1 vedr. afgrænsningen overfor ansattes grundlæggende kvalifikationer, tilsvarende Hemmelighed s. 9f.

⁵⁴ Ståhlros s. 60 og s. 313ff, SOU 1983:52 s. 288ff og 374ff, Kockvedgaard s. 314ff.

⁵⁵ Betænkning angående en ny konkurrencelov, nr. 416/1966 s. 97, se også Hemmelighed s. 3ff

⁵⁶ Se om mulighederne for at afsløre hemmeligheden ved analyse kap. 6.1.2.4 med U 1974.463HD, U 1982.1149 Shd og U 1983.105 HD; jfr også hemmelighed s. 4f og SOU 1983:52 s. 288 og 375 og Greve s. 99.

⁵⁷ Betænkning 416/1966 s. 30. Oplysning om konkurrenternes kommercielle forhold vil ofte komme uden for denne kreds; der kan således ofte ved almindelig årvågenhed fremskaffes ganske mange oplysninger.

⁵⁸ Jfr. bet. 416/1966 s. 30ff, Carlsen s. 366 - en ensidig tilkendegivelse herom er ikke tilstrækkelig.

for at det kan bevare sin karakter af erhvervshemmelighed for virksomheden, at de personer uden for virksomheden, der kender forholdet, har en tilknytning til virksomheden, der har nødvendiggjort udbredelsen.

Hemmelighedsbegrebet er med andre ord relativt,⁵⁹ idet der må ses på, hvilke konkrete foranstaltninger virksomheden har foretaget for at modvirke udbredelse, hvorledes den udenforstående er delagtiggjort i det pågældende forhold, og om det evt. er kendt i anden sammenhæng. At der således ikke kan stilles absolutte krav til hemmeligholdelsen udelukker ikke, at det kan være klart, hvornår hemmeligheden er brudt. Dette vil den være, når forholdet er tilstrækkelig spredt, til ex. ved offentliggørelse, markedsintroduktion, udstilling eller på anden vis.⁶⁰

2.2.3.2. Beskyttelsen iht. mfl. § 9, stk. 3, om tekniske tegninger m.v.⁶¹

§ 9, stk. 3, har følgende ordlyd:

"Den, der i anledning af udførelsen af arbejde eller i øvrigt i erhvervsøjemed er blevet betroet tekniske tegninger, beskrivelser, opskrifter, modeller eller lignende, må ikke ubeføjet benytte sådant materiale eller sætte andre i stand hertil."

Mfl. § 9, stk. 3, beskytter forskrifter og forbilleder for en produktion.⁶² Det drejer sig om forhold af mere konkret karakter, idet det ved bestemmelsens eksemplifi-

⁵⁹ Hemmelighet s. 22 og Castrén i NIR 1967.285f om relativiteten pga. manglende eneret, Se også SOU 1983:52 s. 288ff og 374f.

⁶⁰ SOU 1983:52 s. 288 ff, Hemmelighet s. 4ff - se kap. 14 om den tidsmæssige udstrækning.

⁶¹ Se herom Ståhlros s. 315ff, Castrén i NIR 1974.50ff, samme i NIR 1988.62ff, Konkurrenceret s. 263.

⁶² Beskyttelsen af tekniske tegninger mv. finder f.eks. sin praktiske anvendelse i virksomhedens eksterne relationer. Som eksempler kan nævnes licens, samarbejds- og underleverandøraftaler samt i industrier, hvor recepter mv. spiller en betydelig rolle - til eksempel lægemiddel-, kemisk- og levnedsmiddelindustri.

kation er klart, at det omhandlede må have en fysisk fremtrædelsesform.⁶³ Dette bringer bestemmelsen til at have et andet område end § 9, stk. 2, der beskytter virksomhedens viden, uanset hvilken form denne fremtræder i. Da der endvidere ikke stilles noget krav om hemmeligholdelse - men nok om betroelse - synes bestemmelsen som udgangspunkt at dække et helt andet område end § 9, stk. 2.

Grundlaget for vurdering af *betroelseskravet*⁶⁴ i § 9, stk. 3, er et kontraktforhold mellem virksomheden og samarbejdspartneren, hvor det som oftest vil være klart - også uden særskilt angivelse - at de tekniske tegninger m.v. tilhører virksomheden og at de ikke må misbruges.⁶⁵ I den sædvanlige forståelse af ordet betroelse ligger en antagelse om fortrolighed, således at tredjemand ikke må delagtiggøres i de omhandlede forhold.⁶⁶

Spørgsmålet er imidlertid, om der er forskellige grænser for beskyttelsen efter hhv. stk. 2 og stk. 3. Som ovenfor anført - kap. 2.2.3.1 - er hemmelighedsbegrebet relativt, og da det klart ikke er en overtrædelse af stk. 3 at udbrede eller benytte offentligt kendte forhold, så forekommer det, der statuerer en overtrædelse af stk. 3 blot at være en variant af overtrædelsen af stk. 2, hvor vurderingen af spørgsmålet om overtrædelse støttes af, at de omtvistede forhold er veldokumenterede.

Et produkt som sådant kan ikke betragtes som nogen erhvervshemmelighed, når dette er markedsført. Hvis enhver oplysning om produktet herved afsløres, vil

⁶³ Et edb-program må også anses for at kunne være et 'teknisk forbillede' - jfr. herved Bernitz 1987 s. 185f, Diskretionspligtens genstand s. 18f, Castrén i NIR 1967.283 og samme i NIR 1974.54.

⁶⁴ Betroelse behandles i relation til FUL § 18 i kap. 12.

⁶⁵ Betænkning 416/1966 s. 34 og s. 98.

⁶⁶ Se også Castrén i NIR 1974 s. 50 ff og samme i NIR 1988.62ff

§ 9, stk. 3, ikke føre til noget andet resultat. Dette ville stride mod den grundlæggende tankegang, at der er fri adgang til at anvende ideer, fremgangsmåder m.v., der er offentligt tilgængelige. Det vil dog ofte være således, at kendskab til fremgangsmåden ved fremstillingen, blandingsforhold og -rækkefølge o.l. vil have væsentlig betydning for en - rationel - produktion, og kendskab hertil vil være omfattet af mfl. § 9, stk. 3 og evt. stk. 2. I beskyttelseshenseende befinder man sig altså på en glidende skala, hvor yderpunkterne er hhv. hemmelig og offentligt kendt viden.⁶⁷ Kränkelsen af tillidsforholdet til virksomheden er mere åbenbar, hvis den sker på grundlag af de i stk. 3 nævnte veldokumenterede forhold, og anvendelsen af et snævert hemmelighedsbegreb kan virke unødigt begrænsende på beskyttelsen af virksomheden. Bestemmelsen i stk. 3 beskytter således virksomhedernes interne tekniske tegninger mv., uanset en virksomhed har videregivet disse med henblik på produktion af forskellig karakter. Det må således antages, at 'betroelse' kan foreligge, selv om produktet er markedsført eller materialet er udleveret til en større kreds end dén, man vil acceptere ved afgrænsningen af hemmelighedskravet efter stk. 2. Kravet om betroelse er således beslægtet - og ofte sammenfaldende med - hemmelighedsbegrebet, men det har også et selvstændigt område herudover.⁶⁸

I retspraksis sker henvisning til stk. 3 kun sjældent. Et eksempel herpå sås i afgørelsen U 1986.268 Shd - Ceolein. Maskinfabrikken J fremstillede industriopvaskemaskiner. J's tegnestue blev ledet af bl.a. N, der blev opsagt til fratræden pr. 1. april 1982. I opsigelsesperioden blev N fritaget for arbejde, og i tiden herefter hjalp han på forskellig vis virksomheden C med udvikling af en konkurrerende industriopvaskemaskine. Retten udtalte: "... at det må anses for godtgjort, at der ... er benyttet viden ... som er beskyttet af markedsføringslovens § 9, stk. 3." Forholdet var det, at J's maskine var bragt på markedet, og den var derfor ikke i sig selv beskyttet som erhvervshemmelighed. De tegninger og beskrivelser, der dannede grundlag for fremstillingen, var imidlertid stadig beskyttet efter mfl. § 9, stk. 3. Denne detaljerede produktplagiering, der for en udenforstående ville være i strid med mfl. § 1, danner her en overtrædelse af mfl. § 9, stk. 3, da grundlaget

⁶⁷ SOU 1983:52 s. 331 ff

⁶⁸ Jfr. bet. 416/1966 s. 98.

for plagieringen er internt materiale, som N er kommet i besiddelse af gennem sit ansættelsesforhold. I sagen blev der såvel nedlagt forbud mod den konkurrerende produktion som tilkendt erstatning.⁶⁹

2.2.3.3. Reglerne om intern spionage og hæleri - mfl. § 9, stk. 1 og 4⁷⁰

Bestemmelserne udvider de typer af handlinger, der er retsstridige i forhold til virksomhederne, og de personkredse overfor hvilke virksomhedernes erhvervshemmeligheder m.v. er beskyttet.⁷¹

§ 9, stk. 1, har ordlyden:

"Den, der er i tjeneste- eller samarbejdsforhold til en virksomhed eller udfører et hverv for denne, må ikke på utilbørlig måde skaffe sig eller forsøge at skaffe sig kendskab til eller rådighed over virksomhedens erhvervshemmeligheder."

De af *stk. 1* omfattede grupper har en lovlig adgang til virksomheden - et etableret 'tjeneste- eller samarbejdsforhold'. En udforskning af virksomheden på områder, der ikke er omfattet af den pågældendes arbejdsområde eller tilegnelse af papirer m.v., der beskriver forhold, som han er ansat til at beskæftige sig med, kan være omfattet af denne bestemmelse.

⁶⁹ Se også vedr. misbrug af materiale og tegninger fra virksomheden: U 1917.319 - Drejbænke, U 1931.775 - Trifolium - hvor virksomheden hverken havde bevist, at den ansatte havde krænket sin tavshedspligt, eller at virksomhedens recepter var anvendt af den konkurrerende virksomhed, hvor den ansatte oparbejdede et konkurrerende produkt, U 1948.1363 shd - jernstøberi, U 1969.587 Shd - Nordia Dan - den tidligere samarbejdspartner fandtes ud fra samarbejdskontrakten uberettiget til at anvende virksomhedens tegninger, U 1982.1149 Shd - Rulletransportbånd - hvor en 'prøveskinne' anvendtes som grundlag for fremstilling af et konkurrerende produkt samt U 1983.105 HD - Slipmiddel og U 1983.559 shd - Roche.

⁷⁰ Se herom Greve s. 79ff, Konkurrenceret s. 263f, Castrén i NIR 1967.280ff og SOU 1983:52 s. 327ff.

⁷¹ Se dog Levin 43 s. 98, hvor det anføres, at de oprindelige regler kunne anvendes på 'meddelagtighed'. I straffeloven findes regler om industrispionage - §§ 263 og 264. Se også Lag om skydd för företagshemligheter §§ 3 og 4.

Reglen i *stk. 4* er en central bestemmelse. § 9 stk. 4 har ordlyden:

"Erhvervsdrivende må ikke benytte en erhvervshemmelighed, såfremt kendskab til eller rådighed over den er opnået i strid med de ovennævnte bestemmelser."

Det har været nævnt ovenfor, at begrundelsen for at beskytte virksomhedernes erhvervshemmeligheder bl.a. var, at konkurrenternes tilegnelse af en virksomheds erhvervshemmeligheder ville kunne skade virksomhedens konkurrenceevne. Imidlertid vil konkurrenterne kun sjældent selv være i direkte kontakt med virksomheden på en måde, der er omfattet af mfl. § 9, stk. 1 - 3. Da det imidlertid er konkurrenternes udnyttelse af virksomhedernes erhvervshemmeligheder, der er det 'farlige',⁷² blev denne bestemmelse om - i forhold til krænkelsen af tavshedspligten - efterfølgende udnyttelse af kendskabet til virksomhedens erhvervshemmeligheder indført i 1972.⁷³

Bestemmelsen har i retspraksis været anvendt flere gange, bl.a. i den i kap. 2.2.3.2 nævnte dom U 1986.268 SHD - Ceolein - hvor virksomheden C blev gjort erstatningsansvarlig solidarisk med den ansatte N for virksomhedens tab. Det er karakteristisk, at det er den efterfølgende benyttelse af viden, hvortil kendskab er opnået i strid med mfl. § 9, stk 1 - 3, der er beskyttet efter § 9, stk. 4.⁷⁴

⁷² Jfr. allerede Hemmelighed s. 17, 30 og særligt s. 37ff

⁷³ Lov nr. 89 af 29/3 - 1972, se om medvirken til kontraktsbrud - kap. 5.2.

⁷⁴ Sager af denne art kan også ses i U 1930.246 HD - Piskefløde, U 1980. 717 HD - Krøyer og i U 1982.1149 SHD - Rulletransportbåndet; jfr. kap 6.

2.3. Konkurrenceklausuler - afgrænsning af virksomhedernes beskyttelsesbehov - lovgivningens kriterier⁷⁵

2.3.1. Forarbejder

Aftaleloven blev gennemført i 1917 og den var i hovedsagen en kodifikation af de allerede gældende regler.⁷⁶ Der blev dog indført nye regler, der har særlig interesse i denne sammenhæng; §§ 36 og 37 omhandlende aftaler om konventionalbøder og aftaler, der i deres virkning ligger tæt her opad; og § 38 om konkurrenceklausuler. Ved fremsættelsen af lovens §§ 36-38 blev det fremhævet, at disse regler "... hviler på et lignende grundprincip som § 31; det er udprægede beskyttelsesbestemmelser af social karakter ...".⁷⁷ Reglerne blev indført for at kunne tilsidesætte eller lempe aftaler, der måtte være urimelige for den underlegne part i et kontraktsforhold.⁷⁸

Aftalelovens § 36 og § 37 blev ændret i 1975⁷⁹ i forbindelse med gennemførelsen af regler om økonomisk kriminalitet og beskyttelse af forbrugerne. Dette dobbelte sigte varetages nu af 'formuerettens generalklausul', der også har betydning herudover. Bl.a. må de tidligere regler i §§ 36 og 37 og den deraf følgende retspraksis anses for mindst at være opretholdt ved generalklausulen.⁸⁰ Aftalelo-

⁷⁵ Ussing Aftaler s. 146ff, 205ff og 218ff, Markedsret s. 220ff, Nød II s. 210ff, Carlsen 4. udgave s. 368ff, Margot Satz i TIR 1947.537ff, Ansættelsesretten s. 334ff og 338ff, Palmgren - Konkurrenceklausuler vid tjensteavtal, Se også Blomquist s. 98ff (II3) om anvendelse af principperne i afl. §§ 36 og 38 og FUL § 18 ved aftaler om overdragelse af ophavsrettigheder. Lando - Udenrigshandelens kontrakter 3. udgave 3.II2.2 vedr. agenter og 3.204 vedr. forhandlere - jfr. også betænkning II51/1988 s. 136ff, SOU 1983:52 s. 103ff.

⁷⁶ Forarbejder - udkast af 1914 til lov om aftaler mv. - optrykt i RT 1916/17 tillæg A sp. 2641ff, se lovforslaget - do sp. 2621ff. Se om retsstillingen forud for aftaleloven - Palmgren s. 99ff.

⁷⁷ RT 1916/17 LT sp. 89 ff, jfr. Ussing - Aftaler s. 149f.

⁷⁸ Konkurrenceklausuler reguleres af to principielt uafhængige lovbestemmelser - afl. § 38 og Funktionærlovens § 18. FUL § 18 introduceres i kap. 2.3.6.

⁷⁹ Lov nr. 250 af 12/6 1975.

⁸⁰ Stig Jørgensen i: Foreløbig redegørelse om formuerettens generalklausuler 1974 s. 26.

vens § 38 om konkurrenceklausuler fik ændret betingelsen 'utilbørligt' til 'på urimelig måde', og dette må anses for at indebære en lempelse af mulighederne for tilsidesættelse af konkurrenceklausuler. Den tendens til beskyttelse af det svage individ imod udnyttelse og andet misbrug af overlegen stilling, som allerede fra starten af var udtrykt i aftaleloven, blev ved lovændringen yderligere forstærket. Domstolene kan endvidere ved afgørelsen af konkrete sager justere deres vurdering ud fra såvel forholdene i de enkelte sager som ud fra ændrede samfundsforhold.⁸¹

2.3.2. Aftalefrihed som forudsætning^{82 83}

Det er karakteristisk, at det principielt accepteres, at arbejdsgiver og ansat selv regulerer spørgsmålet om den ansattes adgang til konkurrence. Der er på dette område - som i dansk ret i almindelighed - aftalefrihed m.h.t. til såvel aftalens indhold som form⁸⁴ og således mulighed for enten kollektivt eller individuelt at

⁸¹ Jfr. Sundberg i Festskrift til Jan Hellner 1984 s. 659 ff, se også bemærkningerne i kap. 2.2.2 vedr. anvendelsen af mfl. § 1. Det skal dog også her fremhæves, at forarbejderne til aftaleloven nævner - RT 1916/17 tillæg A sp. 2805 - at konkurrenceklausuler kan have deres berettigelse som et virksomt middel til at opnå beskyttelse mod en konkurrence, som de almindelige retsregler ikke kan yde; jfr. den tilsvarende vurdering vedr. betroelse i kap. 12.

⁸² Aftaler og mellemmand s. 20 - "...kan indgå de aftaler, de ønsker at indgå, som retligt bindende aftaler." Kontraktsret s. 18ff og 36ff, Ussing - Aftaler s. 22ff, Stig Jørgensen - I s. 25ff, Taxell i JFT 1984.606ff og Gomard i Danske lov i 300 år - Kontraktsfrihed i Danske lov s. 537ff.

⁸³ Se dog lærlingelovens § 4, stk. 4, hvorefter konkurrenceklausuler er ugyldige; og tilsvarende lov om benzinforhandlerkontrakter § 2, stk 3, med en ét års grænse, lov om handelsagenter § 30, stk.2, - 2-års max., se også Markedsret s.223.

⁸⁴ Der vil i praksis være store vanskeligheder med at bevise og håndhæve en mundtlig aftale om konkurrenceklausul med et indhold, der går videre end markedsføringsloven og loyalitetspligten. Se dog U 1937.322 HD, hvor der forelå flere kontraktsudkast - i hvilke konkurrenceklausulen var uomtvistet. Forpligtelsen blev opretholdt, men den begrænsedes til ét år pga. tvivl om dens udstrækning; jfr. Palle Bo Madsen i U 1987B.256 - om beviskrav ved indgåelse af økonomisk betydningsfulde aftaler.

regulere, hvorvidt og i hvilket omfang ansatte skal være afskåret fra at konkurrere med virksomheden.⁸⁵

Fra Sverige kendes den kollektive regulering særligt fra "1969 års överenskom-melse" - indgået mellem Sveriges arbejdsgiverforening og forskellige fagforbund.-

⁸⁶ I Danmark kendes ikke noget tilsvarende, og det overlades derfor - med mulighed for rådgivning fra de faglige forbund - til hver enkelt ansat selv at forhandle dette punkt med sin arbejdsgiver.

Konkurrenceforbuddet kan dels overskride grænserne ved - i tidsmæssig, geogra-fisk eller indholdsmæssig henseende - at gå videre end påkrævet for at værne mod konkurrence - jfr. nedenfor kap. 2.3.3, - dels kan det på urimelig måde indskrænke den forpligtedes adgang til erhverv - jfr. kap. 2.3.4. Disse to vurderinger foretages principielt uafhængigt af hinanden. Hvorvidt en konkurrenceklausul ud fra disse kriterier kan opretholdes, vil bero på en konkret vurdering af henholdsvis den konkrete virksomheds og den ansattes beskyttelsesbehov.⁸⁷

2.3.3. Aftl. § 38, stk. 1. 1. kriterie - værne mod konkurrence ⁸⁸

Aftalelovens § 38, stk. 1, har ordlyden:

"Har nogen forpligtet sig til, at han af konkurrencehensyn ikke må drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan, er vedtagelsen ikke bindende for ham, forsåvidt den med hensyn til tid, sted eller andre forhold går videre end påkrævet for at værne imod konkurrence eller på urimelig måde indskrænker den forpligtedes adgang til

⁸⁵ Udgangspunktet er klart, at aftaler er bindende og skal overholdes - jfr. Taxell i JFT 1984.606ff.

⁸⁶ Gengivet som bilag III i SOU 1983:52. Se også SOU 1983:52 - lovforslagets § 4, hvor kollektiv aftaleregulering stilles som betingelse for at acceptere konkurrenceklausuler i ansættelsesforhold. Dette er ikke gentaget i lag om skydd för företagshemligheter af 31. maj 1990.

⁸⁷ Se om aftl. § 38, stk. 2 - kap. 15.

⁸⁸ Palmgren s. 113ff, Carlsen s. 368ff, Ansættelsesretten s. 334ff, Ruth Nielsen i Lærebog i arbejdsret s. 134ff, jfr. også kap. 2.3.4.

erhverv. I sidstnævnte henseende skal der tages hensyn også til den interesse, den berettigede har i, at vedtagelsen efterkommes."

For at konkurrenceklausuler skal være omfattet af afl. § 38, må de begrænse den forpligtedes adgang til at drive konkurrerende erhverv af en vis art eller tage ansættelse i sådan virksomhed. Den forpligtede skal være generelt afskåret fra at beskæftige sig med den pågældende branche; hvis han alene forpligter sig i mere begrænset omfang, f.eks. til ikke at kontakte arbejdsgiverens kunder eller andre forretningsforbindelser, vil en klausul herom sædvanligvis ikke afskære ham fra at virke inden for den pågældende branche og den vil således ikke være omfattet af § 38 - jfr. kap. 4.

Virksomhederne vil ved fratræden af medarbejdere kunne blive tappet for oparbejdet viden, og i det omfang denne tilflyder konkurrenterne, vil der være en dobbelt skadeeffekt. Det er endvidere et generelt problem, at virksomhederne ofte uddanner deres ansatte til at bestride specialfunktioner. To eksempler skal gives:

1. Med henblik på at arbejde med teknologisk avanceret teknik uddanner en virksomhed en medarbejder, således at virksomheden kan få den fordel, denne teknik indebærer. Andre virksomheder, der ikke kan afse midler hertil, tilbyder denne person et løntillæg for at tage ansættelse hos dem og sparer herved investeringen i uddannelsen. Denne virksomhed er ikke nødvendigvis en konkurrent til den uddannende virksomhed.
2. En lovende medarbejder videreuddannes med henblik på at bestride en anden - højere - stilling. Denne investering gør ham generelt mere attraktiv for andre virksomheder.

Virksomheden vil have en klar interesse i at sikre sig, at den foretagne investering nyttiggøres i virksomheden og ihvertfald, at den ikke tilflyder konkurrenterne.⁸⁹

⁸⁹ Der kan blive tale om forlængelse af opsigelsesvarsel, evt. aftale om betaling for uddannelsen ved en evt. fratræden, men en pligt til herudover at forblive i virksomheden kan kun vanskeligt tænkes, se også Bruun i NIR 1988 s. 73ff.

Dette illustrerer imidlertid kun problemet og giver ingen vejledning ved afgrænsning af det 1. kriterie.

Hvis synsvinklen ændres til *monopolretlige* sammenhænge, jfr. kap. 1.3, kan konkurrenceklausuler alene pålægges, hvis virksomheden har et beskyttelsesværdigt behov, således at - ved virksomhedsoverdragelse - overdrageren p.g.a. sit kendskab til virksomheden kan påføre denne ekstraordinær konkurrence; og de kan alene udstrækkes i tidsmæssig henseende svarende til livslængden for den overtagne "know-how". Det er samfundsmæssigt uacceptabelt, at parterne ved deres aftale kan afskære konkurrencen ud over det tidsrum, som vil være nødvendigt for en ny konkurrent til at arbejde sig op på et tilsvarende teknologisk stade - justeret med behovet for at investere kapital og forrentningen heraf. Dette tidsrum kan kaldes forspringets økonomiske forældelsestid, idet *forspringet* er væk, når konkurrenterne har oparbejdet en tilsvarende teknologi; jfr. nærmere kap. 14.

I en *privatretlig* sammenhæng er hensynene lidt anderledes. Udgangspunktet er også her, at konkurrenceklausuler accepteres, men der sker en begrænsning ud fra, at de kun er acceptable for at værne imod *konkurrence* ud fra en rimeligheds-vurdering. Virksomheden skal værnes mod den unormale konkurrence, som hhv. overdrageren eller den ansatte kan påføre virksomheden p.g.a. sit særlige kendskab til virksomhedens forhold, jfr. kap. 2.4.3; se også kap. 14 om den tidsmæssige udstrækning.⁹⁰

En konkurrenceklausul må således i henhold til 1. kriterie ikke gå videre end påkrævet for at værne den konkrete virksomhed imod konkurrence. Den skal med andre ord være nødvendig for at sikre netop denne virksomheds konkurrenceevne - i lyset af den forpligtedes individuelle indsigt og kvalifikationer. Grundlaget og

⁹⁰ Bruun i NIR 1988.75f, Ruth Nielsen s. 134 - en konkurrenceklausul kan tilsidesættes, hvor hensynene til virksomhedens konkurrenceevne ikke er tilstrækkeligt tungtvejende - uafhængigt af den ansattes sociale behov.

målestokken for vurderingen af en konkurrenceklausuls rimelighed er den i henhold til konkurrenceklausulen berettigede virksomhed⁹¹ og de enkelte beskyttelsesværdige forhold i denne - erhvervshemmelighederne, kunderelationerne, produktkendskab mv.; jfr. kap. 3 - 6. Hvis der herudfra generelt er en beskyttelsesværdig interesse for den berettigede virksomhed, må det - for at kunne opretholde konkurrenceklausulen i henhold til 1. kriterie - også være nødvendigt at disse forhold sikres i forhold til *netop denne ansatte* på grund af hans særlige indsigt og kvalifikationer.

En konkret virksomhed beskyttes i aftl. § 38 alene mod den ekstraordinære konkurrence, der kan begrundes i den ansattes indsigt i denne; jfr. kap. 2.1 og 2.4. Den ansattes øgede faglige dygtighed og det forhold, at virksomheden mister en medarbejder af stor betydning, kan ikke i sig selv begrunde nogen konkurrenceklausul - uanset om medarbejderen måtte tage ansættelse hos en konkurrent; jfr. nedenfor kap. 3 - 6 og 12.

Vurderingen af konkurrenceklausulens nødvendighed og rækkevidde i henhold til 1. kriterie foretages ud fra de i aftl. § 38 opstillede kriterier; hvorvidt klausulen med hensyn til tid, sted og andre forhold går videre end påkrævet. Konkurrenceklausulens ordlyd må være det klare udgangspunkt for forpligtelsens indhold og udstrækning.^{92 93} Der sker i denne sammenhæng ingen begrænsning ud fra

⁹¹ Jfr. Palmgren s. 124. Om hvilket tidspunkts forhold, der skal danne grundlag for vurderingen - se kap. 14.4 og Palmgren s. 117.

⁹² Jfr. også utrykt Shd. af 31/7 - 1990 i sag H 2/89. Aftalerne kan tilsidesættes helt eller delvist - jfr. bl.a. Stig Jørgensen I s. 127f. På grund af klausulernes karakter af erhvervsfrihedsbegrænsninger og ud fra et i loven tilgodeset ønske om at beskytte såvel de ansatte som samfundet må konkurrenceklausuler generelt skulle *fortolkes indskrænkende*; jfr. også Palmgren s. 117 og 181f. Se også Bruun i NIR 1988.74ff, hvor han fastslår det samme ud fra principperne om fri konkurrence og aftalefrihed.

⁹³ Der skal foretages uafhængige vurderinger - af hvad klausulen omfatter og om den er krænkende. Se til ex. U 1955.790 HD, hvor klausulen bortfaldt pga. sagens konkrete omstændigheder. Hvorvidt krænkelse foreligger, når den forpligtede er økonomisk interesseret i konkurrerende virksomhed, afhænger som nævnt af klausulens indhold, men også karakteren af den

overvejelser baseret på hensynet til de ansatte - jfr. herom nedenfor kap. 2.3.4 om 2. kriterie.

2.3.4. Aftl. § 38, stk. 1. 2. kriterie - adgang til erhverv⁹⁴

Konkurrenceklausulen må i henhold til 2. kriterie ikke i tids-, geografisk og indholdsmæssig henseende⁹⁵ på urimelig måde indskrænke den forpligtedes adgang til erhverv. Ved denne vurdering tages der udgangspunkt i den efter 1. kriterie afgrænsede konkurrenceklausul, idet det dog må erindres, at der ved afgrænsningen efter 2. kriterie skal tages hensyn til virksomhedens interesse i konkurrenceklausulens opretholdelse, således som denne er kommet til udtryk i henhold til 1. kriterie.⁹⁶

2.3.4.1. 2. kriterie - hvilke interesser varetages⁹⁷

De interesser, der skal afvejes, er den konkrete virksomheds interesse i opretholdelse af klausulen overfor såvel hensynet til den forpligtede som samfundsmæssige overvejelser.⁹⁸ Der må skelnes imellem, hvorvidt det er væsentligt henholdsvis, at

økonomiske interesse må være væsentlig; jfr. U 1968.685 Øld vedr. depot, U 1985.600 HD - renseri, U 1981.506 Shd - Damstahl og Palmgren s. 187f; jfr. nærmere herom i kap. 4.3.2.

⁹⁴ Det er en afvejning af modstående interesser, jfr. Carlsen s. 373, Bruun i NIR 1988.71ff og Palmgren s. 132ff. Hvorvidt det er relevant at inddrage en sondring mellem etablering af - eller ansættelse i - konkurrerende virksomhed - se nedenfor i kap. 12.

⁹⁵ Ordlyden i § 38, stk. 1, er 'andre forhold'. Dette må forstås som konkurrenceklausulens indhold; hvad konkurrenceklausulen materielt omfatter - jfr. også Palmgren s. 124f

⁹⁶ Dette led af § 38, stk. 1, er et fortolkningsdirektiv til rimelighedsvurderingen i henhold til 2. kriterie. Det må jfr. forarbejderne RT 1916/17 tillæg A sp. 2810 forstås således, at også store indskrænkninger i den forpligtedes adgang til erhverv vil blive anset for rimelige, hvis det er af vital betydning for virksomhedens konkurrenceevne, at den ansatte afskæres fra visse aktiviteter.

⁹⁷ Se også kap. 2.1 og 2.4 og Palmgren s. 59ff.

⁹⁸ Der er også en interesse i, at virksomhederne i udviklingsøjemed og til 'erstatning' af medarbejdere - har den bedst mulige adgang til ny viden og til ansættelse af nye medarbejdere, jfr. Åndsretten s. 516ff og 524f.

den forpligtede generelt har adgang til erhverv, og at han har adgang til netop dét erhverv, hvor virksomheden 'opererer'. Ofte vil de 2 vurderinger dog være sammenfaldende, ex. ved høj grad af specialisering og økonomisk sårbarhed.

Den forpligtede kan have stor ulempe og skade af en konkurrenceklausul, idet han ved ansættelse - hvis en sådan overhovedet er mulig - uden for den branche, hvor han har virket hidtil, må forudse en nedgang i indtjening som følge af manglende relevante kvalifikationer. Dette har afledte konsekvenser for levelfod, social status og muligheden af at kunne opfylde sine økonomiske forpligtelser.

Den forpligtedes interesse i *generelt at have adgang til erhverv* er således primært økonomisk, jfr. nærmere kap. 2.3.4.2. Samfundets interesse er i denne situation også direkte økonomisk, idet det anses for 'bedst', at den forpligtede ikke ligger samfundet til økonomisk byrde; kun de færreste har økonomisk modstandskraft til at modstå længere tids manglende eller væsentlig nedsat indtægt. Vederlag for en konkurrenceklausul vil her have afgørende betydning.

Den forpligtedes interesse i at have *adgang til sit hidtidige erhverv* beror på det forhold, at han har en interesse i at vedligeholde og udbygge sin faglige viden med henblik på hhv. at sikre og øge sin fremtidige indtjening - i den hidtidige ansættelse eller i en fremtidig. Han må endvidere antages her at kunne opnå det bedste økonomiske udbytte af sin indsats, jfr. nærmere kap. 2.3.4.3. Samfundets interesse er også afledt heraf, idet det findes samfundsøkonomisk uacceptabelt, at den forpligtedes evner og arbejdskraft - der repræsenterer et gode og en ofte omfattende investering - forholdes samfundet.⁹⁹

⁹⁹ Jfr. princippet i Grl. § 75 stk. 1: "Til fremme af almenvellet bør det tilstræbes, at enhver arbejdsduelig borger har mulighed for at arbejde på vilkår, der betrygger hans tilværelse." Jfr. forarbejderne RT 1916/17 tillæg A sp. 2805, RT 1916/17 LT. sp. 90 - sociale beskyttelseshensyn som motiverende faktor ved reglernes udformning. Se også Hemmelighed s. 24f og 29ff og Kobbernagel I s. 33f.

2.3.4.2. - den forpligtedes direkte økonomiske interesse

Vurderingen må tage sit udgangspunkt i den forpligtedes objektive forhold m.h.t. uddannelse, specialisering, erfaring, alder og køn, hvilket vil afgrænse *mulighederne* for at tage ansættelse i ikke konkurrerende virksomheder. Der kan på dette grundlag tages hensyn til den forpligtedes subjektive forhold - *behov* for adgang til erhverv - og der vil her kunne lægges vægt på personlige økonomiske forhold - likviditet, solvens og faste økonomiske forpligtelser.

Hvis der ydes fuldt¹⁰⁰ vederlag for indskrænkningen, vil der ikke i denne relation være afgørende forhold, der taler imod at opretholde konkurrenceklausulen i den udstrækning, det er fundet nødvendigt efter 1. kriterie.

Hvis der derimod ikke ydes - fuldt eller rimeligt - vederlag, vil muligheden af at tage anden ansættelse blive udsat for en nærmere vurdering. Der må her lægges afgørende vægt på, om konkurrenceklausulen levner den forpligtede mulighed for at arbejde med sit speciale. Han kan herved bevare - jfr. kap. 2.3.4.3. - og udnytte sit faglige grundlag til at opnå samme indtjening som hidtil - uanset dette evt. ikke kan ske inden for samme branche, produktgruppe eller i et bestemt område.¹⁰¹

Mulighederne for at opnå ansættelse uden anvendelse af den ansattes specielle kvalifikationer vil afhænge af de ovenfor nævnte personlige forudsætninger, hvor

¹⁰⁰ Jfr. nærmere herom i kap. 13. Det skal dog allerede her bemærkes, at fastlæggelsen af, hvad der udgør 'fuldt' eller 'rimeligt' vederlag, er behæftet med stor usikkerhed.

¹⁰¹ Jfr. Nørgaard i Komm. aftalelov s. 208. Det er endvidere anerkendt i retspraksis, jfr. U 1929.684 HD, U 1957.592 Shd, U 1976.813 Shd og U 1983.157 HD - jfr. også kap. 2.3.5.2 vedr. afl. § 36, - at der for at opretholde en konkurrenceklausul fuldt ud lægges afgørende vægt på, om denne er indskrænket til at vedrøre virksomhedens helt vitale forhold og således levner et spillerum for den ansatte til at anvende sine kvalifikationer. Se om en evt. forskel i adgangen til at etablere konkurrerende virksomhed og tage ansættelse i en sådan - kap. 12.

visse ansatte generelt har gode forudsætninger herfor.¹⁰² Enhver ansat må antages at have økonomisk interesse i ansættelse, og det kan således virke formalistisk at lægge vægt på den forpligtedes personlige økonomiske behov som et udslagsgivende punkt. Det vil være for 'tilfældigt' at lægge vægt på private formuesforhold - udover spørgsmålet om vederlag, når den berettigede virksomheds konkurrenceevne og dermed hele eksistens kan stå på spil. Vurderingen må her foretages ud fra, hvad der *generelt er rimeligt* i forhold til de ansatte, således at virksomhederne får mulighed for at indrette sig herpå.¹⁰³ Det må i denne sammenhæng også bemærkes, at hvis en virksomhed har et beskyttelsesværdigt behov for at afskære netop denne ansatte fra konkurrence - jfr. kap. 3-6 og 12 - accepterer retspraksis konkurrenceklausuler med en binding på 1 år eller derunder, uden at der - som forudsat i lovtekst og motiver - lægges særskilt vægt på den forpligtedes muligheder for at tage anden ansættelse og om der er givet vederlag - jfr. kap. 13.

2.3.4.3. - den forpligtedes faglige interesse

Den faglige interesse i at have ansættelse er for den ansatte primært et spørgsmål om - fremtidig - økonomi. En faglig ajourføring må i mange sammenhænge anses bedst at kunne ske inden for rammerne af en ansættelse. Enhver afbrydelse af ansættelsesmulighederne inden for den relevante branche vil derfor være indirekte økonomisk skadelig, især i lyset af den hastige teknologiske udvikling, hvorefter der løbende skal ske ajourføring af den ansattes viden, for at han skal kunne møde dagens krav.

¹⁰² Carlsen s. 374 - hvis klausulen vedrører et område, hvor den ansatte ikke har sin hoveduddannelse, eller klausulen alene tager sigte på en speciel del af virksomheden, vil der være større tilbøjelighed til at opretholde denne. Jfr. som eksempel U 1925.987 om en engelsk ingeniør, hvor konkurrenceklausulen omfattede undervisning i engelsk.

¹⁰³ Det må her erindres, at konkurrenceklausuler alene opretholdes - jfr. § 38, stk. 2 - hvis den ansatte selv siger op eller giver rimelig anledning til, at virksomheden siger ham op; jfr. nærmere herom i kap. 15.

Hvorvidt det vil være muligt at tage ansættelse i ikke konkurrerende virksomhed med udnyttelse af den ansatte kvalifikationer, må bero på en konkret vurdering af, hvilke kvalifikationer der er tale om, og inden for hvilket felt disse findes. F.eks. må kommercielle erhvervshemmeligheder - så som markedskendskab, afsætningsmuligheder, kalkulationsprincipper m.v. - antages at være branchespecifikke i mindre grad end tekniske do., og dermed er mulighederne for udnyttelse af disse i ikke konkurrerende virksomhed større. Endvidere må kommercielle erhvervshemmeligheder - som følge af deres generelle karakter - anses for at være nemmere at oparbejde og deres beskyttelsestid må derfor være kortere.¹⁰⁴

Hvorvidt indskrænkningen i den forpligtedes adgang til erhverv er urimelig, må vurderes på grundlag af den forpligtedes behov for og mulighed for at opretholde grundlaget for sin indtjening og samfundets interesse i at udnytte den forpligtedes evner og arbejdskraft. Der vil her kunne lægges vægt på, i hvor høj grad den forpligtede er specialiseret, har taget en langvarig uddannelse eller har mange års ansættelse indenfor den samme branche.

2.3.4.4. Afvejning - økonomiske og faglige interesser overfor hensynet til virksomheden

Der er afgørende modstrid imellem den forpligtedes og virksomhedens interesser. I jo højere grad, den forpligtede har en lang uddannelse, stor erfaring og høj grad af specialisering, vil han være i en position, hvor han potentielt kan påvirke virksomhedens konkurrenceevne, og samtidig vil en konkurrenceklausul kunne være økonomisk som fagligt særdeles skadelig. Omvendt taler disse forhold hver for sig for, at virksomhederne må kræve en lang beskyttelsesperiode.

¹⁰⁴ Dette følger af de beskyttede forholds karakter - jfr. eksemplerne på tekniske - og kommercielle erhvervshemmeligheder i SOU 1983:52 s. 166 ff.

Lovgiver har klart taget stilling til virksomhedernes fordel¹⁰⁵ og principielt accepteret, at der aftales indskrænkning i den ene parts - den ansattes - erhvervs-muligheder. Dette kan udledes af det forhold, at konkurrenceklausuler overhovedet accepteres, og at der eksisterer frihed til at aftale en konkurrenceklausul med et individuelt indhold. Ved præciseringen i § 38, stk. 1, 2. pkt., af, at kriteriet "indskrænkning af den forpligtedes adgang til erhverv" skal ses i lyset af den interesse, den berettigede har i, at vedtagelsen efterkommes, er der foretaget en klar *vægtning* til fordel for virksomhederne på bekostning af de forpligtede.¹⁰⁶

Mange grunde taler for dette valg. En beskyttelse af virksomhederne vil være en beskyttelse af samfundet i relation til at sikre den internationale konkurrenceevne og bevare erhvervshemmeligheder inden for landets grænser. En sikring af virksomhederne i forhold til de ansatte vil være et væsentligt incitament i relation til at motivere virksomhederne til at investere i tekniske og kommercielle fremskridt. Omvendt vil en ultimativ beskyttelse af individet kunne være en prisgivelse af virksomhedernes og dermed af samfundets interesser; jfr. kap. 2.1.2 og 2.4.3. Afgrænsningen af konkurrenceklausulerne må således ske ud fra en afvejning af hensynene til virksomhederne ud fra l. kriterie. Herudover kan der ske en afgrænsning ud fra, hvad der generelt er rimeligt i relation til den forpligtedes økonomiske interesse - hvorvidt det generelt vil være muligt at få en ansættelse på acceptable økonomiske vilkår. Den forpligtedes faglige interesse i at have ansættelse må antages kun helt undtagelsesvist at kunne være udslagsgivende for vurderingen, idet denne interesse isoleret set går direkte imod de grunde, der taler for at opretholde en konkurrenceklausul - jfr. også kap. 14 om den tidsmæssige udstrækning af konkurrenceklausuler.

¹⁰⁵ RT 1916/17 tillæg A sp. 2810 og i forarbejderne til funktionærlovsrevisionen i 1964 - FT 1963/64 A sp. 216 og FT 1963-64 sp. 427. Det kan ikke være uden betydning, at konkurrenceklausuler alene kan anvendes ved den ansattes egen, frivillige disposition - jfr. afl. § 38, stk. 2. Se herom Palmgren s. 65f og 138 og Hemmelighed s. 29f

¹⁰⁶ Det sidste ord er dog ikke sagt i denne sag - jfr. f.eks. bet. 1022/84 s. 30 - se også kap. 12, 14 og 17.

2.3.5. Aftalelovens § 38 - forholdet til aftalelovens § 36¹⁰⁷

2.3.5.1. Generelt vedr. aftl. § 36¹⁰⁸

Aftalelovens § 36 var i sin oprindelige udformning en ret snævert udformet bestemmelse, der alene tog sigte på konventionalbøder. I forbindelse med udarbejdelsen af regler om økonomisk kriminalitet og forbrugerbeskyttelse¹⁰⁹ blev der - som en ny § 36 - indsat en generalklausul i aftaleloven, hvorefter der kunne foretages en rimelighedsvurdering af indgåede aftaler. Om aftalelovens § 38, stk. 1, anføres det, at den "næppe bør ophæves, da den indeholder en forholdsvis præcis beskrivelse af, i hvilke tilfælde disse aftaler (om konkurrenceklausuler) kan tilsidesættes." Ved at forme såvel § 36 som § 38 som rimelighedsstandarder, må der heri ligge en tilkendegivelse af, at § 38, stk. 1, principielt er indeholdt i § 36's rimelighedsbegreb, og de i § 38, stk. 1, anførte kriterier må kunne anvendes i en rimelighedsbedømmelse efter § 36. Inden for rammerne af rimelighedsbedømmelsen i aftl. § 36 vil det også være muligt at varetage de hensyn, der motiverer reglen i aftl. § 38, stk. 2 - jfr. nedenfor.¹¹⁰

Udgangspunktet for såvel aftl. §§ 36 som 38 er, at aftaler er bindende for parterne.¹¹¹ Dette afspejler, at der skal være et vist kvalificeret forhold, førend en

¹⁰⁷ Se om aftl. § 36 - kap. 9 vedr. konventionalbøder. Om samspillet mellem vedtagelse, fortolkning og tilsidesættelse af aftalevilkår henvises generelt til 'Aftaler og Mellemmænd', 'Kommenteret aftalelov' og 'Kontraktsret'.

¹⁰⁸ Forarbejder bl.a. FT 73/74 2. saml. tillæg A sp. 2599 og FT 74/75 2. saml. tillæg A sp. 793, J 1974.493ff, U 1974B.245ff, U 1974B.365ff og J 1974.503ff. Aftalefunktioner s. 90ff, Markedsret s. 225ff, Blomquist s. 225ff, Justitia nr. 3/1980 - Holger Hansen, Stig Jørgensen i JFT 1977.7, Taxell i JFT 1984.606ff - principperne i en rimelighedsbedømmelse, Kurt Grønfors i JFT 1989.317ff; se tillige Knoph - Funksjonær-opfinnelsen s. 72 om samspillet mellem lempelsesregler og præceptiv lovgivning.

¹⁰⁹ Betænkning 681/1973 og 738/1975 - jfr. Foreløbig redegørelse om formuerettens generalklausuler af Stig Jørgensen s. 3.

¹¹⁰ Jfr. Palle Bo Madsen i U 1980B.117ff. Se også vedr. svensk ret, hvor 'aftl' § 38 er givet en meget bred ordlyd, der ligger tæt op ad formuleringen i 'aftl.' § 36 -Grønfors 2. udgave s. 204ff, SOU 1983:52 s. 103ff; og tilsvarende vedr. finsk ret Bruun i NIR 1988.71ff

¹¹¹ Kontraktsret s.23 og 36f. Se også Taxell i JFT 1984.606ff.

aftale vil blive tilsidesat,¹¹² og at der skal foretages en helhedsbedømmelse af aftalen ud fra en sags konkrete omstændigheder. Aftl. § 36 er - som mfl. § 1 - en retsregel, hvor afgørelserne vil antage karakter af typeløsninger, idet de vil være regeldannende for fremtidig retsanvendelse.¹¹³ Der vil ved bedømmelsen være et samspil mellem vurderingen af aftalens indhold og aftalens parter, idet en vurdering af balancen og dermed rimeligheden af aftalens vilkår vil være afhængig af parternes indsigt og mulige indflydelse på udformningen af aftalen. Der vil således være en udtalt modvilje mod at gribe ind i jævnbyrdige erhvervsdrivende parters aftaleforhold¹¹⁴ bl.a. da selv små ændringer kan få afgørende indflydelse på vurderingen af parternes forpligtelser - jfr. princippet i Kbl. § 21.¹¹⁵

Det forholder sig imidlertid anderledes ved aftaler indgået mellem forbrugere og mindre erhvervsdrivende på den ene side og professionelle erhvervsdrivende på den anden.¹¹⁶ Der vil her ofte være en sådan forskel i parternes forhandlingsposition, at det kan give sig udslag i aftale vilkårene. Dette skal sammenholdes med, at netop konkurrenceklausuler ofte påtages af den ansatte med øje alene for nutidsværdien af ansættelsesforholdet, hvor aftalens fremtidsorienterede aspekter vil blive afgørende nedprioriteret i forhandlingen. Det er netop ved *vurderingen af det fremtidige hændelsesforløb*, at der viser sig en afgørende forskel i mulighederne

¹¹² Kontraktsret s. 132 med note 42 - der er ikke komplementaritet mellem begreberne rimelighed og urimelighed.

¹¹³ Aftaler og mellemmand s. 227f og 346, se det tilsvarende forhold vedr. mfl. § 1 - kap. 2.2.2.

¹¹⁴ Hellner - Kommersiell avtalsrätt s. 15ff om 'rigor commercialis' og Kontraktsret s. 28f og komm. aftalelov s. 187ff - jfr. også kap. 9; jfr. dog også Palle Bo Madsen i U 1982B.165ff, 'Aftaler og Mellemmand' s. 359ff og komm. aftalelov s. 184ff.

¹¹⁵ Lookofsky s. 127, Aftalefunktioner s. 98ff

¹¹⁶ Bernitz - Standard avtalsrätt s. 63ff vedr. aftl. § 36 og s. 92ff vedr. avtalsvillkorlagen mellan näringsidkare.

for at opretholde aftalen. En typisk aftale vedrører et vist mål af fremtidige og dermed usikre aspekter, og der vil således ved aftalens indgåelse være en vis form for spekulation m.h.t., hvorledes fremtiden vil forme sig. Dette må der tages hensyn til ved en senere bedømmelse, således at der som udgangspunkt vises tilbageholdenhed ved at gribe ind i aftalen. Dette er i særlig grad tilfældet, hvis parterne er professionelle og dermed er fuldt ud klar over dette usikkerhedsmoment.¹¹⁷ Det er omvendt den tilsvarende vurdering, der fører til at fortolke konkurrenceklausuler i ansættelsesforhold indskrænkende, eller evt. helt eller delvist at tilsidesætte disse - jfr. dog nedenfor kap 2.3.5.2 - idet den ansatte p.g.a. sin manglende indsigt, sin underlegne forhandlingsposition og sit behov for ansættelse typisk har nedprioriteret konsekvensvurderingerne af en konkurrenceklausul. Der må tilsvarende lægges betydelig vægt på, om der på aftaletidspunktet er reel tvivl om den fremtidige udvikling af aftaleparternes mellemværende. Dette vil f.eks. som absolut udgangspunkt ikke være tilfældet ved virksomhedsoverdragelse, hvor konkurrenceforbuddet bliver aktuelt i forbindelse med aftalens indgåelse, hvorimod en ansættelsesaftale sædvanligvis indgås på ubestemt tid.

2.3.5.2. Samspil afl. §§ 36 og 38 - rimelighed og loyalitet

Konkurrenceklausuler kan have forskelligt indhold,¹¹⁸ hvor den generelle aktivitetsbegrænsning er det afgørende kriterium for, om en konkurrenceklausul omfattes af afl. § 38 eller ej; om den ansatte er indskrænket i at tage ansættelse m.v. af en vis art. De forskellige typer konkurrenceklausuler har det til fælles, at en rimelighedsbedømmelse af deres indhold ud fra afl. § 38 eller § 36 skal foretages på grundlag af, hvad virksomheden beskæftiger sig med, og hvilken stilling den ansatte har indtaget i virksomheden; jfr. ovenfor kap. 2.3.3. Afl. § 38 må som

¹¹⁷ Se vedr. denne problemstilling SOU 1987:17 vedr. Franchising s. 83ff

¹¹⁸ H.G. Carlsen i Advokaten 1988 nr. 3 s. 69 med en advarsel om ukritisk brug af standardformuleringer i konkurrenceklausuler.

specialbestemmelsen anvendes, hvor det er muligt; i modsætning til aflt. § 36, der dækker alle aftaler.

Klausuler, der alene regulerer enkelte emner, kendes særligt fra revisorer.¹¹⁹ I en sådan klausul aftales f.eks., at den ansatte ikke må udføre arbejde for arbejdsgiverens kunder. Sådanne begrænsede klausuler kan f.eks. også regulere den ansattes mulighed for at samarbejde med den agenturgiver, hvis agentur han udelukkende har varetaget under sin ansættelse i virksomheden.¹²⁰

Ved en vurdering af en konkurrenceklausul ud fra aflt. § 38 er det et spørgsmål, hvorvidt klausulen i indholdsmæssig henseende går for vidt vurderet ud fra hensynet til den konkrete virksomheds konkurrenceevne og til den ansattes erhvervsmuligheder. Der vil ofte ske en regulering af klausulerne,¹²¹ hvilket bidrager til en stor grad af usikkerhed hos såvel virksomhederne som de ansatte. Begge parter har en afgørende interesse i, at konkurrenceklausuler er så klare og overskuelige, at en given handling klart kan identificeres som acceptabel eller ej.¹²² Hvis således en virksomhed i en konkurrenceklausul alene har udskilt enkelte forhold som værende af særlig betydning for dens konkurrenceevne - f.eks. kunderelationerne, agenturgiverne o.l. - har den herved tillige tilkendegivet, at den

¹¹⁹ Se kap. 4.4. vedr. revisorer. Om ejendomsmæglere - U 1979.212 VLD, se heroverfor U 1973.235 ØLK. Om virksomhedens agenturgivere - U 1983.157 HD - se heroverfor U 1978.321 HD. Se også utrykt Sø- og Handelsretsdom af 16. juni 1986 i sag H 524/1985 - Lastbilteknik - hvor den ansatte overtrådte sin loyalitetspligt ved straks efter sin fratræden at indlede samarbejde med virksomhedens agenturgivere.

¹²⁰ Jfr. U 1983.157 HD - Boll og Kirsch. I denne konkrete sag var indskrænkningen af afgørende betydning, da det pågældende agentur dækkede 70% af det relevante marked og den ansatte havde specialiseret sig i netop sådanne produkter, som dette agentur dækkede. Selv under disse omstændigheder fandtes klausulen alene omfattet af aflt. § 36, idet den principielt ikke indskrænkede ham i at tage anden ansættelse indenfor branchen, tur han udelukkende har varetaget under sin ansættelse i virksomheden.

¹²¹ Se f.eks. U 1981.506 SHD - Damstahl, U 1976.813 SHD - Canada, U 1973.319 HD - Speditør, U 1968.911 SHD - Tøjrepræsentant og U 1929.684 HD - Mægler.

¹²² Ansættelsesretten s. 346 ff.

ansatte må etablere - eller tage ansættelse i - konkurrerende virksomhed m.v.; med respekt af de explicit nævnte forhold.¹²³ En sådan klausul vil alene være omfattet af aftl. § 36 - jfr. ovenfor - og det vil være meget sandsynligt, at domstolene betragter klausulen som en rimelig beskyttelse af virksomhedens konkurrenceevne.¹²⁴

Der er forskel på, hvor vitale de enkelte beskyttelsesværdige forhold betragtes for virksomheden - jfr. kap. 3-6 og 14 vedr. den tidsmæssige udstrækning. Ud fra en vurdering af, hvor vitale de beskyttelsesværdige forhold er for virksomheden, hvor højt et ansættelsesniveau den ansatte har, og hvor begrænset konkurrenceklausulen er formuleret, vil domstolene alt andet lige lettere kunne acceptere opretholdelsen af en konkurrenceklausul, der indskrænker sig til at beskytte virksomhedens helt centrale forhold.¹²⁵ Denne vurdering følger også beskyttelseslinierne fra mfl. §§ 9 og 1 og loyalitetspligtens afgrænsning, og den kan ses som udtryk for, at den legale minimumsbeskyttelse og loyalitetspligten har betydning for rimelighedsbedømmelsen i aftl. §§ 36 og 38; for konkurrenceklausulernes opretholdelse og udstrækning - jfr. nærmere i kap 3 - 6.¹²⁶

En rimelighedsbedømmelse efter § 36 er ikke bundet af den skarpe regel i aftl.

¹²³ Og markedsføringslovens §§ 1 og 9 - jfr. kap 2.4.4.

¹²⁴ Det må anses for at være en klar fordel, selv at foretage denne begrænsning fremfor at overlade denne til domstolene ved en evt. retssag, jfr. f.eks. U 1983.157 HD, U 1979.212 Vld og U 1970.576 Øld. Se også Shd af 7/7 - 1986 i sag H 131/1985, hvor konkurrenceklausulen begrænsedes til 4 navngivne firmaer. Se også U 1955.223 HD - Tilskæreren - hvor klausulen omfattede 4 navngivne firmaer og egen konkurrerende virksomhed, men hvor disse 4 firmaer udgjorde hele den resterende del af branchen.

¹²⁵ Jfr. principperne i betænkning 1151/1988 om handelsagenter s. 136ff. Se også 1969 års överenskommelse, der alene skiller tekniske erhvervshemmeligheder ud som acceptable grundlag for konkurrenceklausuler. Se Lund i R og R 1989 nr. 3 s. 29 og Posner i R og R 1971.451 vedr. værdien af begrænsning. Palmgren s. 132.

¹²⁶ Palmgren s. 143ff, Aftaler og Mellemænd s. 237f, 356ff og vedr. loyalitetskravet s. 359, Grønfors i JFT. 89.317ff.

§ 38, stk. 2. Som konsekvens heraf må en aftalemæssig regulering, der ikke falder ind under aftl. § 38, kunne opretholdes, uanset den ansatte opsiges af virksomheden, uden at der har været rimelig anledning i den ansattes forhold hertil.¹²⁷ Dette resultat har stor betydning for regulering af forholdet til virksomhedernes agenturgivere, enkelte vitale kunder og andre forretningsforbindelser af afgørende betydning for virksomhederne.¹²⁸

I en konkret krænkelssituation vil adgangen til at få nedlagt fagedforbud være lettere, hvis klausulen er holdt så klar som muligt. Der er imidlertid talrige forhold, hvor denne begrænsning ikke er praktisk mulig, idet den ansatte f.eks. har et så gennemgribende kendskab til virksomheden, at en udskillelse af særligt følsomme elementer ikke vil være mulig. Dette er tilfældet for direktører, men det kan også tænkes for andre ansatte.¹²⁹ Særligt melder den hindring sig, at en udelukkelse fra at beskæftige sig med f.eks. visse nærmere angivne produkter reelt er en generel aktivitetsbegrænsning, idet en udskillelse i det nye ansættelsesforhold ikke vil være mulig og derudover ikke vil være betryggende for virksomheden.¹³⁰ Selv i disse situationer må det imidlertid være muligt at kombinere en generelt aktivitetsbegrænsende konkurrenceklausul med en klausul, der regulerer forholdet til virksomhedernes kunder, agenturgivere og andre forretningsforbindelser. En sådan kombination vil sikre virksomhederne et minimum af beskyttelse i en situation, hvor den egentlige konkurrenceklausul er uden virkning efter aftl. § 38, stk. 2.

¹²⁷ Dette resultat antages i U 1979.212 VLD og U 1988.1061 HD - Nejstgaard og Vetlov.

¹²⁸ Der kan tænkes situationer, hvor opsigelsen er så lidet rimelig, at der også ud fra en vurdering iht. aftl. § 36 tillades konkurrence. Se til illustration U 1979.931 Øld; og U 1973.688 HD, hvor der dog ikke var nogen konkurrenceklausul.

¹²⁹ U 1968.911 SHD, U 1972.449 Ø, U 1978.321 HD, U 1987.543 SHD - jfr. kap. 5.

¹³⁰ Jfr. utrykt Shd i sag H 2/89 - Unique Expo - hvor klausulen alene omfattede 'sammenklappelige skærmvægge' og ikke anden form for konkurrerende virksomhed. Se også U 1967.933 Vlk - Flygt pumper, U 1974.294 HD - Sauer og U 1981.731 Vld - Slidbanedæk.

2.3.6. Funktionærlovens § 18

§ 18 har følgende ordlyd:

"Har en funktionær forpligtet sig til, at han af konkurrencehensyn ikke må drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan, finder de i lov om aftaler m.m. af 8. maj 1917 §§ 36 og 38 indeholdte bestemmelser anvendelse. Den i 1. punktum omhandlede forpligtelse kan med retsvirkning kun indgås af en funktionær, der indtager særlig betroet stilling, eller som indgår aftale med sin arbejdsgiver om udnyttelsesretten til en af funktionæren gjort opfindelse. Forpligtelsen er kun gældende for funktionæren i ét år fra fratrædelsesdagen, medmindre han har modtaget eller modtager et i en skriftlig kontrakt fastsat rimeligt vederlag for indskrænkningen i hans adgang til erhverv. Dette vederlag skal i kontrakten være anført særskilt."

Loven vedrører alene funktionærer, hvor aftaleloven som nævnt har et betydeligt bredere sigte. § 18 har efter sin ordlyd et selvstændigt område for så vidt angår kriterierne særlig betroelse - jfr. kap. 12, arbejdstageres opfindelser,¹³¹ og vederlag - jfr. kap. 13.

Betroelseskrauet blev indført i funktionærloven (FUL) i 1964 som en betingelse for, at ansatte - omfattet af loven - med bindende virkning kunne påtage sig en konkurrenceklausul. Det blev i forbindelse med gennemførelsen af kriteriet 'særlig betroet' anført, at funktionærer beskæftiget med forskningsarbejde ofte vil indtage en særlig betroet stilling, men man har ikke villet udelukke anvendelsen af konkurrenceklausuler i tilfælde, hvor en funktionær - der ikke er særlig betroet - indgår aftale med sin arbejdsgiver om udnyttelsen af en af funktionæren gjort opfindelse.¹³²

Retspraksis fra før 1964 vil kun være af begrænset interesse for afgrænsningen af betroelsesbegrebet, idet mange afgørelser så at sige blev 'tvunget' ind under aftl. §

¹³¹ Se også lov om arbejdstageres opfindelser.

¹³² FT 1963/64 tillæg B sp. 261 ff.

38, uden at det af dommene klart fremgik, hvilke momenter, der var tvivlsomme i forhold til § 38 isoleret set.¹³³

Indførelsen af kriteriet 'særlig betroet' må ses på baggrund af, at den hidtidige formulering af funktionærlovens § 18 efter en almindelig opfattelse ikke ydede tilstrækkeligt værn mod, at funktionærerne påtog sig vidtgående konkurrenceklausuler, der ofte var forbundet med store konventionalbøder. Specielt for så vidt angik underordnede funktionærer virkede det stødende, at disse kunne pålægges vidtgående indskrænkninger i deres erhvervsfrihed.¹³⁴ I forbindelse med indførelsen af kriteriet 'særlig betroelse' overvejede man et generelt forbud mod, at funktionærer påtog sig konkurrenceklausuler, men det blev dog kun til et forbud for ikke betroede funktionærer, idet det til støtte for accepten af konkurrenceklausuler blev anført, at 'beskyttelsen af arbejdsgiverens interesse overfor konkurrerende virksomhed kan være rimelig'.¹³⁵ Disse overvejelser blev genoptaget i forbindelse med funktionærlovsrevisionen i 1984,¹³⁶ men det var ikke muligt her at nå til enighed om nogen ændring af bestemmelsen.

Bestemmelsen om vederlag blev indsat i FUL allerede i 1938, og den er videreført her uændret. Ved gennemførelsen af loven blev det i udvalgsbetænkningen alene

¹³³ Jfr. Posner i Revision og Regnskabsvæsen 1971 s. 451 ff. Se f.eks. U 1937.397 Øld - ekspeditrice og U 1957.592 Shd - Gummistøvler, hvor konkurrenceklausulen blev tilsidesat ud fra afl. § 38. Som eksempler på opretholdelse: U 1921.200 Shd - Margarinerepræsentant, U 1931.1108 - Margarine agent (betaling af bod frigjorde), U 1937.322 HD - Salgschauffør, U 1937.540 Shd - Mel repræsentant, Sht 1962.285 - Formulartryk.

¹³⁴ Jfr. FT 1963/64 tillæg A sp. 209 ff (216). Se herimod Carlsen i U 1964B.168ff.

¹³⁵ Jfr. FT 1963/64 tillæg A sp. 209 ff (216). Se også Palmgren s. 17ff - et forbud mod konkurrenceklausuler vil ikke være til samfundets fordel og ej heller til fordel for de ansatte; jfr. kap. 2.4.1 og 2.4.3.

¹³⁶ Betænkning 1022/1984 s. 30

anført, at udvalget finder at 'måtte foreslå en yderligere begrænsning i adgangen til at indskrænke funktionærers erhvervsfrihed på denne måde'.¹³⁷

2.4. Kontraktsforhold og konkurrenceklausuler - indhold og sammenspil mellem regelkomplekser

2.4.1. Kontraktsforholdet - loyalitetspligtens indhold¹³⁸

Det skal her belyses, hvorvidt det kan anvendes som kriterium i en konkurrenceretlig vurdering, at parterne tidligere har samarbejdet.

Til virksomhederne er der knyttet medarbejdere, leverandører, aftagere m.fl.¹³⁹ Interessen i samarbejdet ligger for alle parter deri, at der herved opnås mulighed for en - større - økonomisk gevinst. For virksomhederne er et midlerne hertil at forbedre sin konkurrenceevne og øge sin markedsandel.

Under samarbejdet vil deltagelse i anden konkurrerende virksomhed typisk være i strid med forudsætningerne for samarbejdet, idet en virksomhed må kunne påregne, at samarbejdspartneren har samme interesse som virksomheden - at 'fremme' netop denne virksomheds økonomiske interesser. For ansatte har forpligtelsen til ikke at konkurrere med virksomheden grundlag i den aftale, hvor han mod vederlag forpligter sig til at fremme virksomhedens interesser i erhvervsmæssig henseende.¹⁴⁰ At han herved skal udføre en fuldgod arbejdsindsats og undergive sig instruktion fra virksomheden, er et sædvanligt led heri, og at han endvi-

¹³⁷ RT 1937/38 tillæg B sp. 2073, jfr. nærmere i kap. 13.

¹³⁸ Gomard 1989 s. 52ff, Nøddeskal I s. 37ff, Markedsret s. 237ff, Aftalefunktioner s. 72ff, Aftaler og Mellemænd s. 359ff, Koktvedgaard - lærebog s. 73ff, 252, 271, samme - imm.pos. s. 275ff, Konkurrenceret s. 256f, Ansættelsesretten s. 332ff, Carlsen s. 381ff, Licensaftalen s. 24f, 105f, 156ff, Kobbernagel I s. 215ff, 224f, Diskretionspligtens genstand s. 20ff, Krüger Andersen s. 289ff, Taxell i JFT 1984.606ff, Kaj Petersen 12. udg. s. 206ff og 238ff

¹³⁹ Se om 'berørte interesser' Markedsret s. 145f, Krüger Andersen s. 88ff. Se også Designskydd kap. 4 vedr. interessen i udformningsbeskyttelse og Formskydd s. 434ff.

¹⁴⁰ Ansættelsesretten s. 299f og 327ff, SOU 1983:52 s. 95.

dere ikke må drive konkurrerende virksomhed og skal iagttage diskretion m.h.t. virksomhedens forhold, er ej heller fjerntliggende.¹⁴¹ Retspraksis er på linie hermed, idet det som absolut udgangspunkt er berettiget at ophæve en ansættelsesaftale, hvis den ansatte under ansættelsen etablerer konkurrerende virksomhed, kaprer kunderne m.v.¹⁴² Virksomhedens modydelse til den ansattes arbejds- og loyalitetspligt er som udgangspunkt alene forpligtelsen til at svare vederlag til forfaldstid og der antages ikke at være noget modstykke på virksomhedens side til den ansattes loyalitetspligt.¹⁴³

Problemet for virksomheden ligger i, at samarbejdspartnerne opnår et indgående kendskab til de forhold, som virksomheden baserer sin konkurrenceevne på. Markedsandelen og konkurrenceevnen er et produkt af forskellige faktorer oparbejdet i virksomheden - i form af enerettigheder, kundekreds, markeds-kend-skab, produktsortiment, leverandører, særlige fremgangsmåder m.v.¹⁴⁴ Samarbejdet kan kun forløbe effektivt, hvis virksomheden kan have *tillid* til, at samarbejdspartneren - hvad enten han er ansat eller selvstændig - hverken under

¹⁴¹ Carlsen 4. udgave s. 135ff, Hanne Petersen i 'Ledelse og Loyalitet' s. 273 - en pligt til at lade arbejdsgiverens interesser gå forud for sine egne i de situationer, hvor en sådan konflikt opstår og hvor ikke afgørende hensyn til lønmodtageren må tale i modsat retning. Der ligger i loyalitetspligten - *for overordnede ansatte* - også en pligt til positivt at varetage arbejdsgiverens interesser; jfr. U 1970.502 HD, U 1983.559 Shd - Roche og utrykt Shd af 30/6 - 1989 i sag F 12/1988 - Dansk Maltcentral - hvor salgschef bortvistes med grundlag i, at han ikke orienterede ledelsen om, at den samlede sælgerstab påtænkte at etablere konkurrerende virksomhed, og da han - til dels - bistod sælgerne med opklarende undersøgelser mhb. herpå. Se også U 1989.194 HD, hvor spørgsmålet dog faldt på passivitetsbetragtninger.

¹⁴² U 1987.830 HD, U 1986.190 HD, U 1978.326 HD, U 1974.873 Shd, U 1972.702 HD, U 1969.171 HD, U 1965.628 HD, U 1940.1117 Vld. Se vedr. forholdene i opsigelsesperioden U 1986.782 HD - O.H.Miljø - Sø- og Handelsrettens afgørelse og U 1979.1079 Øld, hvor henvendelse til en agenturgiver mhb. på at overtage agenturet berettigede til bortvisning.

¹⁴³ Ansættelsesretten s. 299f - Den ansatte opnår en mere betrygget stilling ved at indgå i et ansættelsesforhold; SOU 1983:52 s. 95 stiller sig tvivlende overfor denne begrundelse. Se også Carlsen 4. udgave s. 135ff og 227ff

¹⁴⁴ Konkurrenceevnen er opbygget af mange led - pris, kvalitet, service, leveringstid, afsætningskanaler, forskningsgrundlag mv, der hver især er udtryk for et af virksomheden truffet valg og en indsats af kapital og arbejdskraft.

samarbejdet eller umiddelbart efter dettes ophør påfører virksomheden konkurrence på grundlag af netop de forhold, som han har været med til at oparbejde i samarbejdsforholdet, eller på anden måde har fået kendskab til - for at samarbejdet kunne fungere.¹⁴⁵ En sådan konkurrerende virksomhed vil kunne påføre virksomheden en særdeles følelig konkurrence og reelt fratage virksomheden netop dét, som samarbejdet blev indgået for at oparbejde - virksomhedens konkurrenceevne.

Efter ansættelsesforholdets ophør er udgangspunktet klart, at der er fri adgang til at etablere - og tage ansættelse i - konkurrerende virksomhed.¹⁴⁶ Med bortfaldet af det i ansættelsestiden eksisterende konkurrenceforbud bortfalder imidlertid ikke enhver forpligtelse for den ansatte. Han kender finesserne i produktionen, fremstillingsmetoderne, evt. problemer i selve processen. Selv om produktet er markedsført, og dets sammensætning kan findes ved en simpel analyse, hvorved de ikke udgør erhvervshemmeligheder, kan de nævnte forhold meget vel stadig være erhvervshemmeligheder for virksomheden - eller omfattet af mfl. § 9, stk. 3 - jfr. kap. 2.2.3.2 vedr. tekniske tegninger og nedenfor kap. 6.1.1 vedr. afgrænsningen overfor de ansattes 'oprindelige' kvalifikationer. Den ansatte kender tillige evt. forretningsforbindelserne personligt eller har et indgående kendskab til virksomheden, og der er på denne baggrund en pligt til ikke direkte at anvende kenskab hertil i konkurrerende virksomhed - jfr. kap. 3 - 6. Det er imidlertid klart, at når det accepteres, at den tidligere ansatte etablerer - eller tager ansættelse i - konkurrerende virksomhed, vil kun grove og direkte påvirkninger af virksomheden kunne omfattes af loyalitetspligten.

Udgangspunktet i konkurrenceretlig henseende - jfr. mfl. § 1 - er, at virksomhederne beskyttes imod den konkurrence, der ex. lukrerer på deres indsats ved at

¹⁴⁵ Hemmelighet - særligt s. 22 ff, Markedsret s. 246f, Carlsen s. 382

¹⁴⁶ Palmgren s. 56 og 63f, U 1931.775 Øld, U 1963.582 HD, U 1975.1049 HD og U 1983.105 HD - se dog også kap. 6 vedr. erhvervshemmeligheder.

plagiere deres produkter, snylter på deres goodwill, eller som misrekommanderer virksomhederne i en sammenligning - jfr. nedenfor kap. 3. Når lovgiver accepterer samarbejde på aftalebasis og samtidig giver virksomhederne en generel konkurrenceretlig beskyttelse, må konkurrencevurderingen som et kriterium inddrage det forhold, at samarbejdet kun kan forløbe effektivt, hvis virksomheden beskyttes imod samarbejdspartneres misbrug af tillidsforholdet efter ophør af samarbejdet.¹⁴⁷ Som et afgørende aspekt i denne vurdering skal imidlertid indgå den ansattes interesse i at kunne tage anden ansættelse, der her som udgangspunkt er fri.¹⁴⁸ *Tillidsforholdet* er således det bærende element i en vurdering af, om samarbejdspartnerne i en konkurrenceretlig vurdering skal bedømmes anderledes end udenforstående.

Uanset om forholdet klassificeres som en erhvervshemmelighed - jfr. mfl. § 9, som et forhold af betydning for afsætningen - jfr. mfl. § 1, eller intern viden herudover - til ex. kundekendskab, er det variationer af en tillidskrænkelser,¹⁴⁹ hvor den forskellige klassificering af tillidsbruddet angiver føleligheden af dette for virksomhederne. Lovgiver har netop i lyset heraf udskilt erhvervshemmeligheder i mfl. § 9, idet disse forhold er særligt vitale for virksomheden. Beskyttelsen af erhvervshemmeligheder kan således ses som en særlig variant af loyalitetspligten.¹⁵⁰ Det må på denne baggrund være klart, at samarbejdsforholdet kan være et - afgørende - kriterium i en konkurrenceretlig bedømmelse.

¹⁴⁷ Jfr. også Koktvedgaard - imm.pos. s. 309. Det må ud fra en samfundsøkonomisk betragtning anses for hensigtsmæssigt, at der indgås - flest mulig - samarbejdsaftaler, under forudsætning af, at konkurrencen i markedet bevares. Betænkning 1075/86 s.152ff og 170ff og EØF-T art. 85, stk. 3. Se også Gomard 1989 s. 53f.

¹⁴⁸ Markedsret s. 233; jfr. nedenfor kap. 6.1.1.

¹⁴⁹ Koktvedgaard s. 314.

¹⁵⁰ Jfr. Gomard 89 s. 53f, Markedsret s. 238

2.4.2. - Konkurrenceklausul som Naturalia Negotii¹⁵¹

I talrige situationer vil det - selv uden konkurrenceklausul - være en forudsætning for aftalens indgåelse, at der skal gælde et konkurrenceforbud mellem parterne. Dette kan føre til - jfr. ovenfor kap. 2.4.1 vedr. ansættelsesforhold - at indfortolke et konkurrenceforbud i parternes aftale¹⁵² eller foranledige parterne til explicit at optage dette som et nødvendigt led i aftalen. Dette er tydeligst kommet frem ved overdragelse af virksomheder med dertil hørende forretningsforbindelser, produkter og erhvervshemmeligheder. For at erhververen kan indtræde i det overdragne - for at overdragelse overhovedet kan finde sted - vil det være nødvendigt, at overdrageren afskæres fra at anvende sit kendskab til forretningsforbindelserne og erhvervshemmelighederne. En sådan 'forudsat' konkurrenceklausul, der ikke hviler på skriftligt grundlag, vil klart blive meget snæver; og der er ej heller aftalt nogen sanktion ved misligholdelse.

Den ulovbestemte beskyttelse af virksomheden imod ansattes konkurrerende virksomhed - loyalitetspligten som beskrevet ovenfor i kap. 2.4.1 - kan ses som en udvikling af det tilsvarende forhold ved ansættelsesforhold.

¹⁵¹ Markedsret s. 237ff, jfr. s. 57f; se også s. 245, Krüger Andersen s. 290f, Ussing - Køb 4. udgave s. 159f, Gesner Forretningsoverdragelse s. 43ff, Kobbernagel I. s. 168ff og 201ff, Palmgren s. 15f og 55f, Koktvedgaard - imm. pos. s. 315f, Konkurrenceret s. 256f. Frost i TfR 1955.420, Mikkelsen i TfR 1961.254.

¹⁵² Jfr. U 1939.324 HD, U 1937.322 HD - Salgschauffør - konkurrenceklausul uden - endeligt - skriftligt grundlag opretholdt i ét år.

2.4.3. Konkurrenceklausuler i ansættelsesforhold - baggrund for accept¹⁵³

I forholdet mellem den ansatte og virksomheden er *tillid* et nøgleord, idet virksomheden for at etablere et fornuftigt og effektivt samarbejde nødvendigvis må indvie den ansatte i de af virksomhedens forhold, der er nødvendige for, at den ansatte kan bestride sit job.¹⁵⁴ Virksomheden må da kunne stole på, at den ansatte ikke røber eller selv anvender virksomhedens erhvervshemmeligheder eller sådanne forhold, som virksomhedens konkurrenceevne i øvrigt hviler på; jfr. ovenfor kap. 2.4.1.

Drift af erhvervsvirksomhed - med rimelig udsigt til økonomisk gevinst - forudsætter et team-work mellem arbejdsgiveren og de ansatte, der skal sikre, at virksomheden bliver konkurrencedygtig. Som en konsekvens heraf besidder de ansatte viden om, på hvilke tekniske og kommercielle punkter virksomheden har en fortrinsstilling. Hvis denne viden blev kendt uden for virksomheden, så ville virksomhedens faktiske fortrinsstilling kunne ophøre. Naturligvis afhænger virksomhedens fortrinsstilling sædvanligvis ikke kun af ét enkelt forhold af konkret viden, men omvendt vil den konkurrerende virksomhed heller ikke være uden viden på feltet, og viden om et enkelt forhold kan være forskellen på succes og fiasko.¹⁵⁵

Selve ansættelsesaftalen er hjemlen for pålæggelsen af konkurrenceklausuler i forholdet virksomhed og ansatte. Nemlig det forhold

1. at enhver kan starte en erhvervsvirksomhed for at tjene penge, og enhver er berettiget til - for sit eget og forhåbentlig også samfundets bedste - at oparbejde en konkurrenceposition, hvorved der kan tjenes flere penge. Endvidere

¹⁵³ Bruun i NIR 1988.73ff, Palmgren s. 18f og 58ff, Karsten Meyer i U 1912B.105, Markedsret s. 220ff, Carlsen s. 368f.

¹⁵⁴ Ofte vil det være formålstjenligt, at den ansatte gøres bekendt med større dele af virksomheden - for at forstå den sammenhæng han arbejder i; jfr. også Greve s. 115f. Se også Knoph - Funksjonæropfindelser s. 55ff og s. 72ff.

¹⁵⁵ Se den tilsvarende argumentation ovenfor kap. 2.4.1.

er man berettiget til med alle legale midler at bevare og udbygge denne position, jfr. kap. 2.1.2.

2. endvidere det forhold, at man er berettiget til at få andre mennesker til at arbejde for *sit eget* formål, mod vederlag - men dybest set i ens egen interesse. Hvis man ikke tror på, at ansættelsen vil give overskud, så lader man være med at foretage denne. Endvidere er man berettiget til at instruere disse personer og til at afskedige dem, hvis de ikke følger ens instrukser, eller man ikke har brug for dem; jfr. vedr. loyalitetspligten kap. 2.4.1.

I dette - muligheden for at få andre til at arbejde for sig sammenholdt med samfundets beskyttelse af virksomhedens konkurrencemæssige position - ligger *hjemlen* til at pålægge forpligtelser ud over selve arbejdsforpligtelsen.¹⁵⁶ Hvis de ansatte med optimal effekt skal kunne fremme ens mål, så er man nødsaget til med dem at dele sin viden. Det følger da som en logisk konsekvens, at virksomheden i særlig grad over for de ansatte må kunne hindre, at denne viden tilflyder andre; det være sig eksisterende eller potentielle konkurrenter. Konkurrenceklausuler hviler således på, at virksomheden generelt beskyttes imod visse former for illoyal konkurrence - fra tidligere samarbejdspartnere, og i forlængelse heraf tillades parterne selv at regulere deres forhold - inden for aftalefrihedens rammer; også således at den ansatte reelt pålægges et erhvervsforbud og derved afskæres fra at etablere - eller tage ansættelse i - konkurrerende virksomhed.¹⁵⁷

Det skal her erindres, at det lovgivningsmæssigt er muligt at indrette sig på anden måde, således at hensynet til de ansattes erhvervmæssige interesser og samfundsmæssige mobilitet og fleksibilitet skal have overvægt.¹⁵⁸ Det må imidlertid an-

¹⁵⁶ Kobbernagel I. s. 146 - Konkurrenceklausuler begrundes i, at de personlige kontakter er virksomhedens, ikke funktionærens.

¹⁵⁷ Det vil afhænge af den konkrete forhandlingssituation, om påtagelsen af en konkurrenceklausul kan opstilles som en egentlig betingelse overfor den ansatte.

¹⁵⁸ I Sverige har der ikke - uden konkurrenceklausul - påhvilet de ansatte nogen loyalitetspligt eller tavshedspligt; jfr. Bernitz 1987 s. 187f. Se også Palmgren s. 56f vedr. den principielle adgang til efter ansættelsens ophør - uden konkurrenceklausul - at røbe eller anvende virksomhedens erhvervshemmeligheder. I lag om skydd för företagshemligheter § 7 er det i

tages, at den økonomiske risiko ved at investere i ny viden og i medarbejdernes uddannelse øges for den enkelte virksomhed. Ved at brede synsfeltet ud til det globale aspekt ses tillige, at den viden, der totalt ville gavne samfundet, kan krydse grænser og dermed ødelægge samfundets internationale konkurrenceevne. Dette argument kan også bruges i en overvejelse over mulighederne af at tiltrække internationalt placerede virksomheder, der ikke ønsker deres erhvervshemmeligheder prisgivet ved lemfældig lovgivning i ét land.¹⁵⁹ Også inden for landets grænser vil synspunktet om, at fri udveksling af viden totalt set vil være fordelagtigst for alle, forudsætte en vis ensartethed i virksomhedernes størrelse og vidensniveau. Det forudsætter imidlertid også, at alle har denne indstilling, og det er vist ikke tilfældet.

2.4.4. - Anvendelse af markedsføringsloven i en situation, hvor der er aftalt en konkurrenceklausul

Hvis der er aftalt en konkurrenceklausul, kan det spørgsmål stilles, hvorvidt parterne har gjort endeligt op med deres indbyrdes relationer, således at lovens almindelige regler - in casu markedsføringsloven - ikke skal finde anvendelse mellem parterne under klausulens løbetid, eller efter forpligtelsestiden er udløbet. Det er som udgangspunkt muligt at frasige sig den beskyttelse, der ydes efter markedsføringsloven. Det vil bero på en fortolkning af den enkelte kontrakt, hvorvidt dette konkret er tilfældet. Det er dog sædvanligt at aftale en merbeskyttelse

Under klausulens løbetid kan der tænkes forskellige muligheder. Hvis en konkurrenceklausul f.eks. alene gentager tavshedspligten i mfl. § 9, vil der som udgangs-

visse kvalificerede tilfælde muligt at pålægge ansatte erstatningsansvar ved brud på en tavshedspligt efter ansættelsesforholdets ophør - jfr. også lovens § 11.

¹⁵⁹ SOU 1983:52 s. 269

punkt ikke være anledning til at opfatte dette som en konflikt.¹⁶⁰ Der må dog alene i præciseringen af forpligtelsen være øgede muligheder for at påtale krænkelse, ligesom det vil være muligt at skærpe forpligtelsen, at fastlægge retningslinier for, hvornår en krænkelse foreligger - eller aftale en konventionalbod. En egentlig konkurrenceklausul vil ofte omfatte mere end blot et krav om tavshedspligt m.v., jfr. mfl. § 9; den kan regulere forholdet til virksomhedens forretningsforbindelser eller være egentlig aktivitetsbegrænsende. I disse situationer er der en klar forskel i området for den legale minimumsbeskyttelse iht. markedsføringsloven og konkurrenceklausulen. Da de således omfatter forskellige forhold, vil det som udgangspunkt have formodningen imod sig, at der i konkurrenceklausulen skulle kunne indfortolkes et afkald på at anvende lovens regler.¹⁶¹

At der parterne imellem er aftalt en konkurrenceklausul, indicerer i sig selv, at der ønskes en særlig og *yderligere regulering* af parternes indbyrdes forhold - ud over hvad der fremgår af lovgivningens almindelige regler. Sammenholdes dette med reglen i aflt. § 38, stk. 2 - hvorefter en konkurrenceklausul i visse situationer vil være uden retsvirkning - vil en manglende mulighed for sideløbende at anvende markedsføringslovens regler være en total prisgivelse af virksomhedens interesser; stik imod intentionerne i markedsføringsloven. I U 1983.105 HD - Slipmiddel anvendtes markedsføringsloven da også i en situation, hvor konkurrenceklausulen var uden virkning i henhold til aflt. § 38, stk. 2. For at dette kan blive resultatet, må det være meget tydeligt angivet i kontrakten.¹⁶²

¹⁶⁰ Jfr. Hemmelighed s. 30 og Levin s. 96.

¹⁶¹ Se utrykt Shd i sag H 620/1983 afsagt den 22. juni 1987 - Bagerienzymer - hvor der sideløbende var anlagt sager om misligholdelse af en konkurrenceklausul og overtrædelse af mfl. § 9; jfr. nærmere om dommen i kap. 6.

¹⁶² Kontraktsregulering kan være hensigtsmæssig til at afkræfte lovens formodningsregler - jfr. til ex. U 1972.41 HD og U 1965.384 HD, hvor de pågældende udøvede en virksomhed, som ville være retsstridig i forhold til arbejdsgiveren uden en præcisering af, at den konkret var acceptabel mellem parterne.

Selv ved opretholdelsen af konkurrenceklausulen vil der kunne være behov for at anvende markedsføringsloven, idet den kan regulere andre forhold, end en konkurrenceklausul behøver omfatte. F.eks. kan en aktivitetsbegrænsende konkurrenceklausul ikke behøve at tage stilling til andet end etablering af eller ansættelse i konkurrerende virksomhed, hvorimod viderebringelse af erhvervshemmeligheder, tegninger m.v. ikke nødvendigvis er nævnt i klausulen, men sådanne forhold vil være mindst lige så fatale for virksomheden som de explicit nævnte.

Efter udløbet af en konkurrenceklausul er der fri adgang for den tidligere ansatte til at etablere konkurrence virksomhed, men det må som udgangspunkt stadig ske med den almindelige respekt af mfl. §§ 1 og 9. Der kan således ved udløbet af en konkurrenceklausul alene anses at være gjort endeligt op med de forhold i den berettigede virksomhed, der motiverede vedtagelsen af klausulen, og som var reguleret af denne - jfr. også kap. 14 om den tidsmæssige udstrækning.

2.4.5. Forskellige synsvinkler - fælles grundlag

Det kan konkluderes, at der som udgangspunkt er *en væsentlig forskel i synsvinklerne* i de lovregler, der regulerer den ansattes konkurrence hhv. med og uden kontrakt. Markedsføringsloven forudsætter en fri adgang til at etablere konkurrerende virksomhed, hvor lovens mål er at regulere konkurrenternes indbyrdes forhold, således at konkurrencen kan foregå med rimelige midler m.v. Den ansatte skal som konkurrent respektere virksomhedens markedsføringstiltag og bevare tavshed med sit kendskab til virksomhedens interne viden. Aftalelovens mål er - i en situation, hvor hensynet til beskyttelsen af virksomheden er opprioriteret til skade for den ansatte, og konkurrencen på kontraktligt grundlag således er udelukket - at vurdere, om klausulen er nødvendig for at værne virksomheden mod konkurrence - dvs. en proportionalitetsvurdering - og om den forpligtede er økonomisk sikret.

Retsordenen giver således virksomhederne en *minimumsbeskyttelse* af de forhold, som virksomhedens konkurrenceevne hviler på. Herved sikres virksomhederne klarhed om visse grundlæggende konkurrencevilkår, således at virksomhederne kan påregne selv at få udbyttet af deres økonomiske indsats; men samtidig sikres også *den enkeltes adgang til erhverv*. Samtidig er det klart, at i en ansættelseskontrakt, hvor parternes forhold til hinanden fastlægges, vil det være nærliggende for virksomheden at kræve, at der pålægges den ansatte visse indskrænkninger i hans fremtidige aktiviteter. Den ansatte er i retsordenen beskyttet imod for vidtgående klausuler i denne henseende iht. FUL § 18 og Aftl. §§ 36 og 38, der fastlægger en *maximumsramme* for, hvilke klausuler virksomheden og den ansatte kan aftale om den ansattes fremtidige virke. Disse regler værner således den enkelte, men ved at begrænse mulighederne for at aftale privatretlige bindinger giver reglerne også en *markedseffekt*, idet de sikrer, at der efter kortere eller længere tid kommer endnu en udbyder/konkurrent på markedet. De principielle forskelle mellem markedsføringsloven og aftaleloven snævres ind, da begge har reelle effekter, som den modstående regel principielt er tænkt at varetage.

Uanset lovreglernes umiddelbart forskellige synsvinkler, har reglerne *et fælles grundlag*, der vil have betydning for sammenligningen og vurderingen af virksomhedens retsstilling hhv. uden og med en konkurrenceklausul.¹⁶³ Resultatet af virksomhedernes indsats beskyttes efter *markedsføringsloven* og som en konsekvens af samarbejdsforholdet imod ubeføjet tilegnelse heraf. Grundlaget for beskyttelsen er - jfr. mfl. § 1 og loyalitetspligten - virksomhedernes ydelser i markedet og - jfr. mfl. § 9 - den viden, tegninger, kalkyler m.v., der danner grundlaget herfor. Tilsvarende ses i Aftl. § 38, at det er virksomhedernes 'behov for beskyttelse imod konkurrence', der danner grundlaget for accepten af en konkurrenceklausul, og som er udgangspunktet for en evt. regulering af konkurrenceklausuler; jfr. nærmere i kap. 3 - 6.

¹⁶³ Jfr. Hemmelighed s. 29f

AFSNIT II - Virksomhederne - beskyttelsesværdige forhold

KAPITEL 3. PRODUKTBESKYTTELSE¹

3.1. Indledning - markedsræssig identitet

Grundlaget for beskyttelsen er mfl. § 1, hvorefter handlinger, der strider mod god markedsføringsskik, kan forbydes og danne grundlag for erstatning. Det er afgørende at finde de handlinger, der er retsstridige i forhold til den konkrete virksomhed, hvad enten retsstridigheden skal danne ansvarsgrundlag i en erstatningspåstand eller anvendes som grundlag for at få nedlagt forbud.

Retsstridigheden må - efter såvel mfl. § 1 som ud fra almindelige regler - vurderes ud fra de økonomiske forhold, hvor virksomhedernes konkurrenceevne og markedsposition udsættes for forringelse. Det er et spørgsmål om med illoyale midler at forsøge at tilegne sig resultaterne af en virksomheds indsats.² Valg og udformning af produkter er klart udtryk for en virksomheds investeringer og særlige indsats. Konkurrenceevnen er tæt knyttet hertil, og ved plagiering af virksomhedens produkter tilegner konkurrenten sig virksomhedens udviklingsforspring og investeringer, idet konkurrenten sædvanligvis kan sælge til en lavere pris, da han ikke er hæmmet af omkostninger til udvikling og/eller markedsføring af produktet.³

Alene konkurrerende virksomhed kan have denne virkning, og afgørende for vurderingen er, hvorvidt konkurrentens produkter er substituerbare i forhold til

¹ Bernitz 1987 s. 174ff, Koktvedgaard s. 323ff, Konkurrenceret s. 242ff, Krüger Andersen s. 281ff, Løchen s. 115ff, Åndsretten s. 531ff, Markedsret s. 149ff, Kobbernagel I s. 197ff, Formskydd s. 361ff, Børge Rasmussen i J 1964.385ff, Torben Lund i NIR 1953.161ff, Torben Lund i NIR 1958.43ff

² Jfr. utrykt Shd. - Gourmet grill - hvor konkurrenten markedsførte en grill, "... der er praktisk taget identisk med sagsøgerens produkt ... indebærer uberettiget brug af sagsøgerens selvstændige indsats...", jfr. Krüger Andersen s. 283.

³ Formskydd s. 55f

virksomhedens. Dette er imidlertid for bred en afgrænsning, idet talrige produkter har denne egenskab, uden at man af denne grund kan sige, at der nødvendigvis må gå noget fra virksomheden.⁴ Det må anses for afgørende for at anvende mfl. § 1, at produktet har en ydre markedsræssig identitet; produktet vil ellers ikke kunne genkendes som virksomhedens.⁵ Denne markedsræssige identitet vil for anonyme produkter ofte blive forsøgt opnået igennem - massiv - markedsføring, reklame, farvevalg, valg og udformning af emballage, særpræget vareudstyr, varemærke o.a. - jfr. nedenfor kap. 3.3. Som nævnt umiddelbart nedenfor vil disse ydre kendetegn kunne være afgrænsende for vurderingen af, om handlingen er retsstridig.

At produktet alene nyder beskyttelse efter mfl. § 1, hvis det har en ydre markedsræssig identitet, ses allerede ud fra, at § 1 beskytter markedsføringen og ikke produktet i sig selv. Markedsføringsloven giver - i modsætning til patent og ophavsretsloven m.v. - ikke nogen eneret til selve produktet, hvorimod der gives en beskyttelse af den konkrete udformning, som virksomheden har valgt at give produktet.⁶

Valg af farve og form til selve produktet bestemmes således ikke alene ud fra dettes funktion, men påvirkes i høj grad af differentieringsformål og salgsmremende foranstaltninger. Der vil i valget af udformning indgå betydelige overve-

⁴ Jfr. dog nedenfor kap. 4 vedr. beskyttelsen af virksomhedens kunderelationer, hvor afsætningen af substituerbare produkter vil være i strid med forpligtelsen.

⁵ Krüger Andersen s. 283, Markedsret s. 142ff og 149ff, Designskydd s. 28ff - produkterne skal være udtryk for en individuel indsats. De skal have adskillelsesevne i forhold til andre produkter - SOU 1987:I s. 260f.

⁶ Markedsret s. 150 - "Efterligningsbeskyttelsen 'dækker' i princippet enhver frembringelse, som frembringeren kan have en økonomisk interesse i at forhindre andre i at efterligne."

jelser om produktets salgbarhed, æstetik, markedsføring. Der vil endvidere være en flydende grænse mellem udformningen og markedsføringsforanstaltningerne.⁷

3.2. Konkurrencebeskyttelsen - loyalitetspligten⁸

Retsstridigheden ligger i, at konkurrenten forsøger at tilegne sig resultaterne af en virksomheds indsats, i form af dennes konkurrenceevne, markedsposition, goodwill, markedsføringsindsats o.a. - ved kopiering, plagiering eller anvendelse af kendskab til fremstillingen - for herved at nå hurtigere eller billigere til en markedsposition.⁹ Produkterne må kunne forveksles. Retsstridigheden knytter sig ofte til, at konkurrenten vildleder¹⁰ aftagerne m.h.t. produkternes kommercielle oprindelse og herved udnytter virksomhedens goodwill, markedsresultater og markedsføring, men også en forveksling, der ikke egentlig vildleder, vil kunne rammes, jfr. kap. 3.2.1. Om forveksling af markedsføringsforanstaltninger - se kap. 3.3.¹¹ Det bliver endvidere afgørende at bevise, at det er netop denne virksomheds forhold, der påvirkes, idet der ellers ikke går noget fra virksomheden; og der må stilles det krav til konkurrentens tilregnelser, at han mindst handler uagtsomt med hensyn hertil, idet der ellers ikke foreligger nogen mod god markedsføringskik stridende handling; jfr. kap. 3.2.2. Kontraktsforholdets betydning for vurderingen af forveksleligheden og tilregnelsen gennemgås i kap. 3.2.3. og visse individuelle forholds betydning i kap. 3.2.4.

⁷ Der foretages selvstændige vurderinger af produktets udformning - jfr. kap. 3.2 - og dets markedsføring - jfr. kap. 3.3. Se vedr. beskyttelsen af vareudstyr - Virpi Tiili i NIR 1983.173ff.

⁸ Se også kap. 2.2.2. og 2.4.1.

⁹ Jfr. SOU 87:I s. 205ff, 212ff og 265ff; jfr. Formskydd s. 60ff og 80ff, Designskydd s. 28ff og 66, Krüger Andersen s. 138, Diskretionspligtens genstand s. 20ff.

¹⁰ SOU 1987:I s. 205ff, 258ff, Formskydd s. 81f og s. 365, Designskydd s. 28ff, Markedsret s. 142ff og 149ff, Konkurrenceret s. 246f.

¹¹ Bet. 417/1966 s. 88-90 - Mønsterlov - se dog også Koktvedgaard s. 363ff.

3.2.1. Momenter i en vurdering efter mfl. § 1 - forveksling og sammenligning

Hverken *ideen eller produktet* som sådant er beskyttet mod efterligning.¹² Udførelsen af et identisk produkt - hvis produktet er helt anonymt (dvs. uden spor af en individuel indsats) - eller af et forveksleligt produkt vil ikke i sig selv være retsstridig. Det er kun den udformning og markeds-mæssige identitet, som virksomheden har valgt at give produktet, der er et udtryk for virksomhedens indsats og dermed beskyttelsesværdig. Koktvedgaard taler om 'det gode udseende', og det er klart, at fuldt ud formålsbestemte produkter må have en snævrere beskyttelse end andre produkter; jfr. nærmere herom nedenfor.¹³

At hverken ideen eller produktet som sådant er beskyttet, fremgår bl.a. af dommen refereret i U 1978.337 HD - transformator-kasse - hvor virksomheden var begyndt at beklæde sin 'kasse' med lodrette træstave. Herved opnåedes, at produktet fremtrådte mere 'miljøvenligt'. Konkurrenten begyndte også at beklæde sine 'kasser' med lodrette træstave, og heri var der intet retsstridigt - i en situation hvor kasserne iøvrigt ikke var forvekslelige - idet princippet om anvendelse af træstave på den angivne måde var så velkendt og hyppigt anvendt, at uanset det var nyt i forhold til de her omhandlede produkter, var forholdet ikke retsstridigt.¹⁴ I dommen U 1979.844 Shd - jacoform - udtaltes det tilsvarende i en vurdering af, om konkurrenten havde efterlignet virksomhedens produkt - en sko - at "Heller ikke efter en helhedsbedømmelse af sagsøgte sko findes der at være

¹² SOU 1987:I s. 188ff

¹³ Beskyttelsen efter ophavsretsloven er også anderledes og snævrere for brugskunst end for anden kunst - jfr. bl.a. U 1961.1027 HD - spisebestik - kommenteret af Trolle i TIR 1962.149ff, lærebog i imm.ret s. 187.

¹⁴ Jfr. utrykt Shd i sag 408/87 - Sugemundstykke - hvor der alene var en teknisk og funktionel lighed, se også U 1966.159 Shd - Blomsterrankemønster.

grundlag for, at sagsøgtes sko, vil blive opfattet som andet end en sko af samme type som sagsøgerens". Typen var 'fodformet sko'.¹⁵

Det er *ikke enhver lighed på enkelte punkter*, der medfører retsstridighed i forhold til virksomheden.¹⁶ Selv identitet mellem produkterne behøver ikke være udtryk for retsstridighed. Som en konsekvens af den frie etableringsadgang og den fri adgang til at påføre eksisterende udbydere konkurrence, er en selvstændig oparbejdning af en produktion - uanset den måtte være meget lig en eksisterende udbyders - som udgangspunkt retmæssig.¹⁷ Forvekslelighed er en nødvendig betingelse for at statuere retsstridighed, men det er ikke tilstrækkeligt hertil; virksomhedens produkter må - jfr. kap. 3.2.2 - være anvendt som forbillede.¹⁸ Det er dog på den anden side ikke udelukket, at der kan foreligge retsstridig tilegnelse af andres indsats, uanset der ved hjælp af mærkning, udformning af detaljer, farvevalg mv. ikke er nogen egentlig forvekslingsmulighed med hensyn til den kommercielle oprindelse.¹⁹

Ved en vurdering af, om konkurrenten på retsstridig måde har anvendt virksomhedens produkt som forbillede, vil det være afgørende, hvilket produkt der er tale

¹⁵ Uanset konkurrenten ikke har handlet retsstridigt i forhold til virksomheden ved fremstilling af sine produkter, kan det meget vel tænkes, at dette vil være tilfældet ved markedsføringen af disse. Der foretages selvstændige vurderinger heraf; jfr. de - i denne henseende - frifundne domme U 1974.463 HD - Blomin, U 1961.46 HD - Lego - og den netop nævnte U 1979.844 Shd

¹⁶ Det forholder sig anderledes nedenfor i kap. 6 vedrørende mfl. § 9, hvor lighed på enkelte punkter kan være beviset for krænkelse af en tavshedspligt, jfr. Ståhlros s. 80.

¹⁷ En udstrakt frihed til at efterligne er værdifuldt, jfr. kap. 2.1 og SOU 87:I s. 32 og Formskydd s. 82.

¹⁸ Vurderingen af forveksleligheden tager udgangspunkt i helhedspræget og erindringsbilledet af produkterne, vurderet hver for sig - jfr. til ex. U 1988.775 Shd - Gilleleje Signal og SOU 1987:I s. 258ff

¹⁹ Jfr. U 1990.161 HD - Jeva - (Sø- og Handelsrettens afgørelse), U 81.46 HD - Maxi og utrykt Shd i sag H 404/88 - Kroken. Se herom også i kap. 6 vedr. markedsføringslovens § 9.

om. Således vil produkter, der i høj grad er *bundet af deres formål*,²⁰ levne mindre spillerum for konkurrenternes mulighed for at differentiere deres produkters udseende i forhold til virksomhedens. Dette sås i afgørelsen U 1961.1027 HD - spisebestik - hvor der var stor lighed mellem virksomhedens og konkurrentens spisebestik.²¹ Udover det formålsbestemte i formen hidrørte ligheden væsentligst fra et rillemotiv, hvortil der ikke kunne opnåes nogen eneretsbeskyttelse, og som konkret ikke var udformet ens på de konkurrerende bestiksæt. Det er på marginallerne, der her skal sammenlignes, idet kniv, ske og gaffel ud fra deres formål altid vil have et vist fællespræg. I en sådan situation vil vurderingen i højere grad blive foretaget ud fra konkurrentens valg af markedsføringsforanstaltninger - emballage, farve, mærkning med navn og varemærke.

Dette ses f.eks. i afgørelsen U 1956.237 HD - Brødkæreren - hvor det var et rent arbejdsredskab, hvis udformning ganske var underordnet formålet. Uanset der var en høj grad af lighed, fandtes produkterne ikke forvekslelige på en mod krl. § 15 (mfl. § 1) stridende måde, da firmanavnet var anbragt på meget iøjnefaldende måde, og de var fremstillet af forskelligt materiale. Det strengt formålsbundne produkt ses også i afgørelsen U 1981.501 Shd - fodbolde - hvor der var forskellige sorte mønstre på hvide bolde. Retten fandt, at der var så betydelige forskelle - i detaljen som i helheden - at der ikke var rimelig risiko for forveksling. Dette fandtes at være tilfældet, uanset boldene på afstand og i spil havde et meget ligeartet præg - hvad alle bolde har, hvis de er hvide med sort mønster.²²

Ved en vurdering af, om produkterne er forvekslelige, må der tages stilling til, hvilken *købergruppe* de henvender sig til. Forvekslelighed er ikke noget entydigt

²⁰ Designskydd s. 28ff og SOU 1987:I s. 219ff, Konkurrenceret s. 245.

²¹ Se Trolle i TfR 1962.149 ff. Bemærkningerne vedrører primært ophavsretsloven. Konkurrencelovens § 15 (mfl. § 1) fandtes konkret ikke overtrådt.

²² Se U 1982.987 Shd - Skovmandsglasset og U 1960.766 Shd - Cykelstøtten.

begreb, men det varierer tværtimod med købergruppens forudsætninger. Dette kom tydeligt frem i U 1939.819 HD - Pedershåb og U 1978.337 HD - transformator-kassen, hvor der for den sagkyndige køber ikke var forvekslingsmulighed.²³

Hvis et produkt er særligt succesrigt og virksomheden af denne grund - eller iøvrigt - har *leveringsvanskeligheder*, vil det være fristende for en konkurrent at introducere et substituerbart produkt på markedet for herved at 'opfylde kundernes ønsker og behov'.²⁴ For at konkurrentens produkt skal kunne substituere virksomhedens, vil det ofte have en stor grad af lighed med dette, men det er afgørende at slå fast, at der er tale om en helt almindelig vurdering af retsstridighedsspørgsmålet, hvor 'kundernes behov' ikke er et anvendeligt kriterium. I så fald ville det kunne anvendes i en hvilken som helst konkurrencesituation, og man ville være tvunget til at vurdere størrelsen af virksomhedens produktionskapacitet som faktor i en konkurrencevurdering. Dette er klart uholdbart; jfr. nedenfor kap. 3.2.4.

²³ Den praktiske kommercielle identitet er afgørende - jfr. Formskydd s. 365, Koktvedgaard s. 390ff og Krüger Andersen s. 287. Se U 1985.389 HD med kommentar i U 1985B.253 - Else Mols - hvor forholdet ansås for at være i strid med mfl. § 1, uanset produkterne ikke umiddelbart var forvekslelige. I sagen forelå primært spørgsmål om overtrædelse af ophavsretsloven. Herudover havde konkurrenten samarbejdet med en af virksomhedens tidligere medarbejdere. Se tillige U 1980.604 Shd - Nordfyns vejviser og U 1979.588 Shd - Silva 35. Se også utrykt Shd i sag H 592/82 afsagt den 5/4 - 1984 - Asfaltmaskiner - hvor det - i en situation med en vis ydre lighed mellem produkterne - udtales: "... Der må lægges betydelig vægt på, at producentens firmanavn er tydeligt angivet på apparaterne. Det fremgår således klart, at de af sagsøgte producerede apparater hidrører fra ENA Europeiska Nivellerings Automatik, Sverige. Apparaterne retter sig til købere, der er professionelle på området, og der er ingen nærliggende fare for, at disse kan forveksle sagsøgerens og sagsøgte produkter."

²⁴ Jfr. U 1981.46 HD - MAXI - mfl. § 1 ansås krænkert ved konkurrentens "bevidste fremstilling af en affaldspose, der fremtræder som helt identisk med sagsøgerens..." Beskyttelsen er pga. produktets enkle karakter meget snæver.

3.2.2. Det subjektive forhold²⁵

I en situation, hvor virksomhedens og konkurrentens produkter er forvekslelige, skal det som nævnt bevises, at konkurrenten på retsstridig måde har anvendt forbilleder i sin produktion, og at det er netop *denne virksomheds produkter*, der er anvendt som forbillede. Anvendelsen som forbillede skal tillige være så 'håndfast', at der alene ud fra en bedømmelse af produkterne i sig selv kan siges at ligge en tilegnelse af virksomhedens indsats - jfr. den nedenfor nævnte U 1979.603 Shd.²⁶ Hvis omvendt den subjektive hensigt til efterligning er klar, vil der blive stillet væsentligt strengere krav til konkurrentens differentiering af sit produkt - jfr. nedenfor.

Spørgsmålet om tilregnelsen som betingelse for retsstridigheden ses kun sjældent fremdraget direkte i retspraksis. I sager mellem erhvervsdrivende om overtrædelse af mfl. § 1 vil der ofte ikke være tvivl om, at den handlende har kendskab til de forhold, som vurderingen afhænger af; jfr. ovenfor kap. 1.2.1.²⁷ Virksomhedens produkter skal være anvendt som forbillede for konkurrentens produktion - i form af afstøbning, anvendelse af forme og tegninger eller på anden måde - for at

²⁵ Se herom kap. 1.2.1 og Markedsret s. 142ff, 150f og 154ff - efterligningsbeskyttelse er 'en subjektiv beskyttelse', Konkurrenceret s. 243 og 255f, Designskydd s. 66ff, Løchen s. 120ff, Blomquist s. 184 om forsæt som betingelse for krænkelse af mfl. § 1, Licensaftalen s. 140, Formskydd s. 82 og 364, 420 og 457f - om snyltningshensigten og det subjektive forholds indvirkning på retsstridighedsbedømmelsen, Kobbernagel I. s. 210ff og 220ff, Hemmelighed s. 21, SOU 1987:I s. 122.

²⁶ NIR 1984.76 - hvor de subjektive forhold ikke var opfyldt, NIR 1985.332 vedr. OHL - Købmandsfigur - bevidst plagiat.

²⁷ I retspraksis ses udtrykket 'tilstræbt' anvendt om forveksling - U 1965.530 Vld - eller om efterligning - U 1982.1081 HD. Det udtrykker en vurdering af konkurrentens subjektive forhold; hvorvidt han med sit produkt tilegner sig virksomhedens good will mv. på en mod god markedsføringsskik stridende måde. Der ligger heri et krav om forsætlig handlemåde - om med fuldt kendskab til virksomhedens forhold at have forsøgt at tilegne sig dennes good will mv; jfr. Palle Bo Madsen i TfR 1986.620 og Markedsret s. 151 og 155.

konkurrenten derved kan komme hurtigere eller billigere til et resultat.²⁸ Når dette anses for at være tilfældet, vil efterligningen være tilstræbt og de subjektive krav hermed opfyldt - den handlende har haft fuldt kendskab til de momenter, som vurderingen afhænger af - jfr. dog nedenfor.

Beviset for krænkelse kan føres - og vil ofte blive dette - ved en sammenligning af parternes produkter, hvor lighed og sammenfald af detaljer vil afsløre, om virksomhedens produkt er anvendt som forbillede for konkurrentens produkt; jfr. f.eks. U 1990.161 HD - Jeva - hvor mfl. § 1 ikke ansås for overtrådt: "...ikke.. sådan lighed eller forvekslelighed...". En høj grad af lighed vil - hvor dette ikke er betinget af formålet - være et indicium for, at virksomhedens produkter på retsstridig måde er anvendt som forbillede; dvs. således at konkurrenten kan komme hurtigere og billigere til et resultat, end det ville være muligt alene på basis af hans egen indsats.²⁹

Et sådant tilfælde sås i afgørelsen U 1979.277 Shd - indiske lampetter - hvor skønsmanden udtalte, at der for ham ikke var tvivl om, at sagsøgtens lampetter var systematiske efterligninger af sagsøgerens. I overensstemmelse hermed nedlagde retten forbud mod sagsøgtens salg.³⁰ Det modsatte resultat ses i afgørelsen

²⁸ Herved tiltager plagiatoren sig en fordel i konkurrencen på virksomhedens bekostning - jfr. også Koltvedgaard s. 368 f. Se til ex. U 1965.530 Vld - møbelstof - hvor konkurrenten ansås for bevidst at have tilstræbt en sådan lighed, at stofferne kunne forveksles. Se også NIR 1969.281 hvor skønsmanden udtaler: "... anses begge at være fremstillet ved hjælp af forme udarbejdet som afstøbninger..."

²⁹ Jfr. f.eks. U 1987.240 Shd - Strecker - Fremstilling af modetøj, "der var praktisk taget identiske efterligninger af en anden fabrikants" fandtes af retten "i realiteten tilegnet sig den selvstændige indsats, som ligger til grund for sagsøgerens produkt." Ud fra produkternes lighed fandtes det ubetænkeligt at lægge til grund, at "sagsøgtens produkter er fremstillet med kendskab til og under anvendelse af sagsøgerens produkter." Sml. SOU 1987:I s. 216f og 265ff, hvor spørgsmålet om plagiering af enkelte særligt succesrige varer tages op til diskussion. Se også U 1988.775 Shd - Gilleleje Signal - "tilstræbt at lave en trøje med samme udseende".

³⁰ Importøren blev ikke pålagt erstatningsansvar, da han ikke havde handlet uagtsomt. Se også U 1957.805 Shd - Hæftemaskine og U 1985.1087 Shd - Stjernemobiler. At skønsmandenes vurdering kan underkendes, ses i utrykt Shd i sag H 408/87 - Sugemundstykke - hvor det i

U 1979.603 Shd - shakerstellet - hvor det var spørgsmålet, om konkurrentens produkt - et spisebord - var udformet så lig virksomhedens - at det i sig selv talte for, at konkurrenten havde udnyttet forarbejderne. Ud fra en vurdering af de punkter, hvor der faktisk var en forskel imellem bordene, fandt retten ikke, at der var tale om et retsstridigt forhold.

At det skal være netop denne virksomheds produkter, der er anvendt som forbillede, ses i afgørelsen U 1982.1081 HD - søjlebordet - hvor konkurrenten blev frifundet for en påstand om plagiering, uanset der var stor lighed mellem parternes borde. Forholdet var det, at der på markedet fandtes flere borde, der også havde stor lighed med parternes borde, og i denne situation fandtes sagsøgeren ikke at have godtgjort, at konkurrenten havde tilstræbt en efterligning af - netop - virksomhedens bord.³¹ En tilsvarende bedømmelse ses i afgørelsen U 1968.932 Shd - Malkespandene - hvor konkurrenten på bestilling af en aftager direkte havde fremstillet et produkt, der var en kopi af virksomhedens. At produkterne var identiske, var ikke i sig selv nok til at statuere overtrædelse af krl. § 15 (mfl. § 1), og forholdet var ikke retsstridigt, idet konkurrenten havde føje til at gå ud fra, at retten til produktet oprindeligt tilhørte den pågældende kunde.³² Der skal således føres bevis for, at konkurrenten kendte virksomhedens produkt - jfr. den ovenfor nævnte afgørelse U 1979.603 Shd, hvor dette fandtes bevist alene på

forbindelse med afhjemlingen af skønsmændene i retten blev dokumenteret, at konkurrenten selvstændigt havde foretaget udvikling af sit mundstykke og at ligheden primært vedrørte tekniske og funktionelle forhold.

³¹ Utrykt Shd, i sagerne H 96 og H 97/1984 afsagt den 22/4 - 1987 - Plejehjemsseng - hvor det udtales at: "sagsøgeren har ikke ... godtgjort, at den omdiskuterede seng er konstrueret efter andre principper end andre tilsvarende produkter." Utrykt Shd, af 29/4 - 1987 i sag H 173/1985 - Modeskaftekam - "...ikke ... sådant særpræg i forhold til andre tilsvarende varer, at det måtte være klart for sagsøgte, at det ville være uberettiget at markedsføre (konkurrerende) produkter..."; jfr. dog NIR 1969.281, hvor de subjektive krav ansås opfyldt, idet konkurrenten bevidst havde holdt sig i uvidenhed om, hvis produkt han plagierede.

³² Se også U 1968.189 Øld - Temalampen, U 1961.981 Shd - Plastikmus, U 1978.944 Shd - Glasfiber jolle.

grundlag af oplysninger om virksomhedernes størrelse og deltagelse i udstillinger m.v.

Ved en vurdering af forvekslingsmulighederne - der som nævnt er en nødvendig men ikke en tilstrækkelig betingelse for at statuere retsstridighed - vil det ofte være således, at *konkurrenten kender virksomhedens produkt*. I denne situation vil det være afgørende, hvilke *alternativer*, konkurrenten har haft i udformningen af sit produkt - jfr. ovenfor om formålsbundne produkter. Her vil 'vareudstyret' kunne spille en afgørende rolle, jfr. kap. 3.3.³³ Hvis man stiller spørgsmålene - kunne han have handlet anderledes - hvilke muligheder havde han for at differentiere produktet i forhold til de eksisterende udbydere, vil retsstridigheden ofte fremstå ret klart.³⁴ Der skal således foretages en *helhedsbedømmelse* af forveksleligheden og de subjektive forhold,³⁵ hvor vurderingen af konkurrentens alternative muligheder vil indgå som et integreret led; sammen med vurderingen af 'efterligningens grovhed, ydelsens beskaffenhed og forholdets hele karakter.'³⁶ I den frifindende afgørelse U 1980.609 Shd, hvor produktet var gennemsigtige plasticrør til emballering af bor, ansås emballageformen for at være almindelig, og der var afgørende forskelligheder såvel i detaljen som i helheden. Særligt havde konkurrenten anvendt proplukninger af andet udseende og farve. Dette 'følges op' i afgørelsen U 1983.854 Shd - Arkivsystem - hvor retten udtaler, at konkurrentens system har en væsentlig lighed med virksomhedens. Dette fandtes dog ofte at være tilfældet for flere af de på markedet udbudte artikler til opbevaring af

³³ SOU 1987:1 s. 221ff, 225f og 261f. Kobbernagel I s. 217f og Formskydd s. 362ff, jfr. s. 459.

³⁴ Det ses f.eks. utrykt Shd i sag H 404/88 - Kroken - hvor konkurrenten fik udført en 'lignende' stol, og hvor retten med udgangspunkt heri udtaler, at sagsøgtes stol "...i alle væsentlige henseender er identisk eller omtrent identisk med...bortset fra...".

³⁵ Krüger s. 283f, Koktvedgaard s. 358ff, Levin s. 363, SOU 1987:1 s. 224f.

³⁶ Jfr. Koktvedgaard s. 367. Ligeledes kan vurderingen blive påvirket af, at der inden for enkelte brancher traditionelt gives videre adgang til plagiering - jfr. til ex. modetøj. Monopolretlige hensyn kan også influere på bedømmelsen - jfr. nedenfor kap. 3.2.4 og vedr. reservedele SOU 87:1 s. 216f og 265ff.

papir; en kendsgerning, der var en naturlig følge af formålet og af standardiseringsbestemmelser. Herudover havde konkurrenten på forskellig måde forsøgt at skabe afstand til virksomhedens produkt gennem farvevalg og design. Herefter frifandtes konkurrenten.³⁷

Det kan på grundlag af denne gennemgang konkluderes, at der indgår klare subjektive elementer i vurderingen i henhold til mfl. § 1.³⁸ En krænkelse af mfl. § 1 danner i sig selv ansvarsgrundlag i en erstatningssag,³⁹ hvor tabsopgørelsen dog volder store problemer; jfr. kap. 8. Det er karakteristisk, at retsstridigheden hjemler forbud ved dom mod den konkurrerende produktion,⁴⁰ hvorimod fagedforbud i disse sager alene anvendes, hvor retsstridigheden tillige støttes på eneretslovene;⁴¹ jfr. også vurderingen i kap. 3.2.5.

³⁷ Jfr. også U 1961.46 HD - Lego, U 1984.567 Shd - USSC og U 1990.161 HD - Jeva. Se vedr. finsk praksis NIR 1983.192f, hvor indpakning og fremhævelse af varemærke kan være udslagsgivende. Det må omvendt være klart, at hvis virksomhedens produkt på retsstridig måde er anvendt som forbillede, vil forholdet kunne være retsstridigt, selv om produkterne pga. mærkning af salgsemballagen ikke er forvekslelige. Se f.eks. U 1981.46 HD - Maxi og U 1985.1087 Shd - Stjernemobiler, hvor produkterne i salgsemballagen kunne adskilles, men produkterne i sig selv var forvekslelige. I 'MAXI' var der tillige varemærkekrænkelser, og i 'Stjernemobiler' - hvor der tillige forelå ophavsretskrænkelser - var produkterne sansynligvis udstillet i salgssituationen.

³⁸ Se i overensstemmelse hermed Else Mols i U 1985B.253 - jfr. kap. 1.2.

³⁹ Jfr. tidligere krl. § 15 direkte efter ordlyden; jfr. bet. 416/1966 s. 20 og 94.

⁴⁰ U 1988.775 Shd, U 1987.240 Shd, U 1979.277 Shd, NIR 1969.281, U 1965.530 Vld, U 1957.805 Shd.

⁴¹ U 1985.389 HD - Galten vejviser - ophavsret, U 1981.46 HD - Maxi - varemærkekrænkelser, U 1985.1087 Shd - stjernemobiler - ophavsret, jfr. også U 1983.1074 Shd - L'Oréal; jfr. Plesner i NIR 1981.18ff. Se også kap. 10 herom.

3.2.3. Samarbejdsforholdets betydning for retsstridigheden⁴²

Det er karakteristisk, at mange domme på dette felt vedrører forholdet imellem selvstændige erhvervsdrivende, der hidtil har arbejdet på et fælles mål.⁴³ Dette kan begrundes med, at det er lettere for dén erhvervsdrivende, der allerede har et produktionsapparat, der måske endog netop er indrettet med produktion af virksomhedens produkter for øje, at starte eller fortsætte med en produktion, der konkurrerer med virksomhedens.⁴⁴

Udgangspunktet for en vurdering af samarbejdsforholdets betydning er, at de ansatte - samarbejdspartneren - kender den tidligere samarbejdspartners virksomhed og dennes produkter indgående. Det vil her være spørgsmålet, om dette kendskab fra den hidtidige ansættelse er anvendt i den ansattes egen konkurrerende produktion, således at den ansatte herved kommer *hurtigere eller billigere* til et resultat.⁴⁵ Dette vil være klart illoyalt i forhold til virksomheden, idet det vil være i strid med forudsætningerne for ansættelsesforholdet og påføre virksomheden en konkurrence, som ikke vil være mulig for udenforstående; jfr. kap. 2.4.1. Anvendelsen af et internt kendskab til virksomheden kan give sig udslag i frem-

⁴² Se Krüger Andersen s. 289ff, Markedsret s. 237ff, særligt s. 246ff, Palle Bo Madsen i Tfr. 1986.620ff, Aftalefunktioner s. 75ff, Kobbernagel I s. 215 ff, Koktvedgaard kap. 6, Konkurrenceret s. 256f, SOU 1987:I s. 212ff og 263, Carlsen s. 382, Løchen s. 115ff, Diskretionspligtens genstand s. 23ff og 32ff. Se vedr. loyalitetspligten kap. 2.4.1 og vedr. loyalitetspligtens gensidighed - nedenfor kap. 3.2.4.

⁴³ Alene en forhandlingsposition kan ændre vurderingen af parternes adfærd, jfr. kap. 5; jfr. Koktvedgaard s. 295.

⁴⁴ U 1953.707 HD - Vridemaskine - fremstilling af et tilsvarende produkt efter ophør af samarbejdsforhold kunne alene ske mod vederlag - se om dommen HRT 1953.279, U 1959.965 Shd - Stålrørsreolerne - hvor det fandtes at være et tillidsbrud, at virksomhedens leverandør af halvfabrikata og værktøj til fremstilling af reolerne ved hjælp af en kopi af værktøjet begyndte selv at fremstille tilsvarende reoler; jfr. om dommen Koktvedgaard s. 292f. U 1984.567 Shd - USSC - den tidligere forhandler af USSC's produkter begyndte at forhandle tilbehør, der passede til USSC's maskiner. Forholdet fandtes ikke retsstridigt, idet de omstridte instrumenter og deres tilbehør ikke var særlig originale, lige som der - uanset lighed imellem produkterne - på emballagen blev redegjort for, at det ikke var originalt tilbehør.

⁴⁵ Viden fra samarbejdsforholdet vil ofte være omfattet af mfl. § 9 stk. 2 og 3; jfr. kap. 6.

stilling af forvekslelige produkter, men forveksleligheden er ikke alene afgørende, jfr. nedenfor.⁴⁶

For det nærværende arbejde ville det være mest præcist at finde flere afgørelser vedrørende identiske materielle forhold, henholdsvis med og uden kontraktsforhold, hvorved dettes betydning ville fremstå klarest. Herfra har jeg imidlertid afstået, idet det vil være en fiktion - selv for sager der ligner hinanden - at forsøge at påstå, at kontraktsforholdet er den eneste udslagsgivende faktor. Dertil er sagerne for forskellige og dommenes præmisser for komplekst opbygget. I stedet vil gennemgangen koncentrere sig om, hvorvidt der lægges vægt på kontraktsforholdet i den enkelte sag, og hvorvidt det er muligt at afgøre, hvilken vægt retten har lagt herpå.

*At der lægges vægt på et ophørt ansættelsesforhold*⁴⁷ ved vurderingen af, hvorvidt konkurrentens fremtilling af produkter er illoyal i forhold til virksomheden, ses i dommen U 1968.576 HD - Reska - hvor 3 tidligere ansatte fremstillede reoler i konkurrence med virksomheden. I dommen var efterligningen anset for at være så nærgående, at det var i strid med krl. § 15 (nu mfl. § 1), og der var herved også lagt vægt på det nu ophørte ansættelsesforhold. Dette udtrykkes i kommentaren til dommen⁴⁸ således: "... at det heller ikke kunne være uden betydning, at tre af konkurrentens medarbejdere har været ansat hos Reska. Det er helt klart, at der

⁴⁶ Kontraktsreglernes samspil med markedsføringsloven - se U 1969.587 SHd - Nordia Dan - hvor den tidligere samarbejdspartner ud fra kontrakten fandtes uberettiget til at benytte virksomhedens tegninger til produkterne, og ud fra krl. § 15 (mfl. § 1) - med grundlag i det hidtidige samarbejde - fandtes konkurrenten uberettiget til at fremstille produkter, 'der var nøje efterligninger af virksomhedens'. Se tilsvarende U 1960.1042 HD - Fiskefilet - hvor forholdet fandtes at være i strid med såvel kontrakten som krl. § 15 (mfl. § 1).

⁴⁷ Beskyttelsen af virksomhedernes produkter er relativ, hviket klarest ses i forhold til tidligere samarbejdspartnere. Vurderingen vil her være anderledes end i forhold til udenforstående og - jfr. Koktvedgaard s. 347: " Herfra kan der kun drages meget beskedne slutninger til forholdet overfor 3.mand."

⁴⁸ Louis le Maire i U 1968 B.350.

ikke i sig selv er noget odiøst i, at personalet vandrer fra en virksomhed til en dermed ganske beslægtet, hvilket tværtom er helt naturligt. Står man imidlertid overfor en nærgående efterligning, og det personalemæssige så føjes til, bliver situationen, som også i litteraturen antaget, en anden ...".⁴⁹

Dette 'følges op' i en utrykt afgørelse fra Sø- og Handelsretten,⁵⁰ hvor 2 tidligere ansatte begyndte at fremstille containere i konkurrence med virksomheden. Umiddelbart efter deres fratræden udsendte de et kundebrev, hvori de henviste til et erfaringsgrundlag, der kun kunne henføres til virksomheden. De udsendte tilbud på levering af et containerprogram, der nøje svarede til virksomhedens, og i brev til en enkelt kunde sammenlignede de sig med virksomheden til fordel for sig selv. Retten udtaler her, at de ikke har overholdt de loyalitetskrav, som måtte påhvile dem som tidligere ansatte hos virksomheden, og at de endvidere havde handlet i strid med god markedsføringsskik.⁵¹

*Det tidligere samarbejdsforhold kan også have udslagsgivende virkning i en situation, hvor forholdet iøvrigt ville være retmæssigt.*⁵² Dette fremgår af dommen U 1961.979 Shd - Salt og pebersættene - hvor partneren som underleverandør havde stået for fremstillingen af sættene. Retten udtaler, at det p.g.a. manglende

⁴⁹ Se også Højesterets udtalelse i dommen U 1974.463 HD - Blomin - om 'viden som appellan-ten har erhvervet under samarbejdet', hvor der reserveres en mulighed for at hindre konkur-renten i at fremstille produktet, hvis hans kendskab til dettes sammensætning stammer fra samarbejdsforholdet - jfr. mfl. § 1 og § 9 - uanset dettes sammensætning kunne findes ved analyse, jfr. også U 1983.105 HD - Slipmiddel.

⁵⁰ Dom af 6. maj 1987 i sag H 592/1984 - Aalborg Hydraulic A/S.

⁵¹ Se også NIR 1950.194 - tryksmørekande - hvor krl. § 15 (mfl. § 1) ansås overtrådt ved fremstilling "... af en smørekande, der ... er en nøje eftergørelse ... og således egnet til at skabe forveksling..." Om det tidligere samarbejdsforhold som afgørende faktor - se de principielle bemærkninger i U 1979.603 Shd - Shakerbordstellet. Se også Sht. 1956.161 - Teknobilerne - hvor der - i en situation med nærgående efterligninger også blev lagt vægt på det tidligere samarbejdsforhold.

⁵² Koktvedgaard s. 287 ff. Palle Bo Madsen i TfR 1986. s.620ff

særpræg må stå hver af parterne frit at fremstille og sælge selv forvekslelige sæt, med den følgende undtagelse. Selv om partneren var berettiget til at opsiges samarbejdsaftalen, var han også efter ophøret af den uberettiget til at fremstille og sælge salt- og pebersæt, der let lader sig forveksle med virksomhedens.⁵³

I dommen U 1980.578 Shd - Atka kemi - havde K i en årrække stået for det praktiske ved salget af kemikalier i en af E fremstillet flaske. Efter at K havde opsagt kontrakten, begyndte han selv at distribuere kemikaler i egne, lignende flasker. Dommen, der er en 3-2 afgørelse, fastslår, at "Selvom der ikke er direkte forvekslingsmuligheder ... har (K) ved at have valgt en lignende flasketype med for de mest betydende produkters vedkommende samme flaske og kapselfarver, lagt sig så tæt op at den hidtil markedsførte serie, at (K) i forhold til (E) findes at have handlet i strid med god markedsføringskik."⁵⁴

En om muligt endnu mere markant afgørelse ses i U 1982.1149 Shd - rulletransportbåndet - hvor forhandleren H anvendte virksomhedens 'system' som forbillede i sin egen produktion af et rulletransportbånd. Retten antog, at der var sådanne forskelligheder imellem systemerne, at de ikke var 'forvekslelige for en sådan kyndig køber, som kommer på tale i dette tilfælde...'. P.g.a. anvendelse af virksomhedens erhvervshemmeligheder ansås mfl. § 9 for overtrådt, men hvad der under dette punkt er mere væsentligt, var, at mfl. § 1 også ansås for overtrådt, uanset at forvekslelighed ikke kom på tale. Retten - 3/2 - lagde vægt på, at produkterne i aftagernes øjne var substituerbare, og at H havde gjort brug af sit indgående

⁵³ Se om dommen Koktvedgaard s. 284f. Se også den ovenfor nævnte U 1959.965 Shd - Stålrørsreolerne.

⁵⁴ Se om dommen 'Sø- og Handelsretten i 125 år' s. 76f og Palle Bo Madsen i TfR. 1986.621. Se også Sht. 1953.164 - Nordisk Flaskegas - hvor der tillagdes mærkeret til 'rød hætte' til gasflasker.

kendskab til virksomhedens 'system' og af særligt udleveret materiale; se om dommen kap. 6.1.2.4.⁵⁵

Det er vanskeligt klart at fastlægge, *hvorledes kontraktsforholdet ændrer vurderingen* i relation til produktplagiering. Der skal tages særligt hensyn til, at der er fri adgang for de ansatte til at etablere - eller tage ansættelse i - *konkurrerende virksomhed* med respekt af kunderelationer, erhvervshemmeligheder m.v. Som en konsekvens af tillidsforholdet og loyalitetspligten under ansættelsen vil grænserne for tidligere ansattes etablering af konkurrerende produktion kunne være anderledes *m.h.t. produkternes udformning*.⁵⁶ Det vil være muligt i videre udstrækning - end iøvrigt iht. mfl. § 1 - at få rettens ord for, at markedsføring af et konkurrerende produkt er retsstridig i forhold til virksomheden. Forvekslelighedsbetingelsen kræves ikke ubetinget opfyldt, og det må være afgørende, om den ansatte ud fra en samlet vurdering er i stand til at anvende sit kendskab til virksomhedens produktion på en sådan måde, at han når hurtigere eller billigere til et resultat - vurderet i forhold til udenforstående konkurrenter. Louis le Maire i U 1968 B s. 350 kommer antagelig tæt på ved at udtale, at i en situation, hvor

⁵⁵ Forholdet vil ofte antage karakter af kontraktsfortolkning. Det er som altovervejende hovedregel i strid med samarbejdsforholdet, hvis en af parterne i dettes løbetid påfører den anden konkurrence, jfr. U 1955.765 HD - Æggebakker, U 1960.1042 HD - Fiskefilet, U 1969.587 Shd - Nordia Dan, U 1978.546 Shd - Rillestavene, U 1982.4 HD - Søren Jacobsen, U 1985.839 Shd - Søren Jacobsen, NIR 1986.86 - Simri (jfr. U 1981.61 HD - uden referat), U 1986.39 HD - Sit/Ribbon - Med dommerstemmerne 3-2 fandtes samarbejdspartnerens produktion og markedsføring af en lignende stol ikke at være i strid med god markedsføringsskik, " ... selv når parternes samarbejdsforhold tages i betragtning ..." Der er ofte et tæt samspil mellem det at plagiere produkterne og kapre kunderne - jfr. U 1960.1042 HD. Se også U 1950.155 HD - The surge milker - hvor der pga. manglende importtilladelse ikke var nogen direkte konkurrencesituation. Samarbejdspartneren forsøgte loyalt at etablere det aftalte samarbejde, inden han kopierede virksomhedens produkt. Her spillede passivitetsbetragtninger ind, idet virksomheden vidste, at plagiering ville ske, og på trods heraf modtog de købesummen for to udlånte malkemaskiner og undlod i en årrække at gribe ind. Se om dommen - og generelt om problemstillingen - Markedsret s. 239ff.

⁵⁶ Man kan ikke hindre selve den konkurrerende virksomhed, men alene de forhold, der er angribelige; jfr. forudsætningsvis U 1983.105 HD, U 1974.463 HD - Sø- og Handelsrettens afg., og til dels U 1984.567 - USSC. Ansættelsesforholdets værdi som en særlig faktor i vurderingen bliver løbende svagere efter ansættelsesforholdets ophør, jfr. forudsætningsvis U 1974.463 HD - Sø- og Handelsrettens afgørelse og nærmere herom i kap. 14.

efterligningen er nærgående, kan det tidligere ansættelsesforhold være den udslagsgivende faktor i en retsstridighedsbedømmelse.⁵⁷ Udgangspunktet for vurderingen er, at tilregnelseskravet er opfyldt - konkurrenten kender virksomhedens produkt. I en situation med substituerbare produkter vil der herefter være en *formodning* for, at den tidligere ansatte har anvendt sit kendskab til virksomheden og dennes produkter på en måde, der er illoyal - og dermed retsstridig - over for virksomheden. Dette lægger en kraftig byrde på den tidligere ansatte til i et syn og skøn at få klarlagt, at dette ikke er tilfældet, hvor temaerne for skønnet vil være, hvorvidt produkterne er forvekslelige, at resultatet ikke kunne være anderledes ved det givne produkt ud fra dettes formål, eller at andre også plagerer virksomheden.

Det er på forskellig vis muligt at ryste denne formodning af. Om særlige tvangssituationer henvises til nedenfor kap. 3.2.4. Hvis produktionen er baseret på almindeligt kendte principper, som partneren ikke har fået udbygget i samarbejdet med virksomheden, vil partnerens fortsatte produktion inden for dette felt ikke være retsstridig i forhold til virksomheden - jfr. U 1966.829 HD - Styrolit. Uanset at produktionen ikke hviler på alment kendte principper, vil det dog være retmæssigt for konkurrenten/partneren at påbegynde produktion på grundlag af de samme principper, hvis han besad den for produktionen nødvendige viden forud for samarbejdets begyndelse. Dette stiller store krav til beviset, men at det kan løftes, ses i en utrykt Sø- og Handelsrets dom,⁵⁸ hvor konkurrenten tidligere

⁵⁷ Koktvedgaard s. 289: "Det eneste man kan kræve er, at den tidligere ansatte ikke påbegynder en konkurrerende virksomhed med produkter, der i hovedsagen svarer ganske til den tidligere arbejdsgivers, og som også er fremstillet på ganske samme måde. Hvor tæt på man skal gå, må afhænge af omstændighederne." Se også samme s. 315f om forholdet til selvstændige samarbejdspartnere.

⁵⁸ Afsagt den 5. april 1984 i sagen H 592/1982 - Asfaltmaskiner, jfr. også U 60.63 HD om en kortvarig forretningsforbindelse.

havde udviklet tilsvarende udstyr, og det fandtes muligt på den angivne tid efter samarbejdets ophør at udvikle nyt udstyr.⁵⁹

Samarbejdsforhold er sædvanligvis opsigelige, og der vil være en vis frist, hvormed dette kan ske. Efter ophøret af samarbejdsforholdet vil der ofte være truffet aftale om, hvorvidt partneren er berettiget til at fortsætte en produktion.⁶⁰ Uden aftale må det være tilladt for partneren at etablere konkurrerende virksomhed - med de forbehold der er beskrevet ovenfor i kap. 3.2.1 - 3.2.3. Partneren kan imidlertid stå i en ganske vanskelig situation ved bortfald af aftalen,⁶¹ uanset han selv er gået ind på en opsigelsesmulighed, men dette må han tage højde for på anden vis. En direkte plagiering af virksomhedens produkt eller en systematisk påvirkning af virksomhedens kunder vil være retsstridig.⁶²

3.2.4. Rettsstridigheden i særlige situationer⁶³

Markedsføringsloven, konkurrenceloven, aftaleloven og almindelige retsgrundsætninger regulerer virksomhedernes indbyrdes forhold på markedet. En given handling kan indrage flere af disse områder, men de kan også indvirke på hinanden, således at kriterier fra ét område kan være marginalt udslagsgivende på et

⁵⁹ Se også U 1961.309 Shd - Luxolampen og U 1963.582 HD - Bilwinco. Der vil i disse situationer ofte foreligge en afgrænsning mellem kendskabet til virksomhedens erhvervshemmigheder og samarbejdspartnerens oprindelige kvalifikationer - jfr. kap. 6.1.1.

⁶⁰ Jfr. til ex. U 1953.707 HD - Vridemaskine og U 1969.587 Shd - Nordia Dan; jfr. kap. 3.4 vedr. aftaleregulerede forhold.

⁶¹ Se U 1988.264 Shd om goodwill erstatning til eneforhandler og artiklen herom i U1988B.340ff; jfr. også U 1988.101 HD og U 1988.983 HD.

⁶² Dette ses bl.a. i U 1991.10 HD og U 1988.570 Shd - Møbelagenten - hvor partneren efter samarbejdets ophør afsatte et klart forveksleligt produkt i kundekredsen.

⁶³ Von Eyben i Festskrift til Poul Andersen s. 114ff - særligt s. 126ff, Markedsret s. 22ff. Se også SOU 1987:I s. 267, hvor det specielt i forbindelse med 'reservedele' drøftes, hvorvidt der ved en plagiatvurdering bør inddrages det kriterium, at virksomhederne bør have en - øget - og effektiv konkurrence, jfr. kap. 1.3.

andet område.⁶⁴ Dette gælder såvel i som udenfor kontraktsforhold, men hensynene er forskellige i disse situationer.

Uden for kontraktsforhold er der forskellige typesituationer. I kap. 3.2.1 er nævnt den situation, hvor konkurrenten konstaterer, at virksomheden markedsfører et produkt med stor succes, og at virksomheden har *leveringsvanskeligheder*. For at opfylde kundernes ønsker - få en del af markedet - markedsfører konkurrenten et substituerbart produkt, hvilket i sig selv er helt legalt. Konkurrenten kan imidlertid ønske at dække netop dét behov, som virksomheden ikke kan opfylde, og må da nødvendigvis gå tæt på virksomhedens produkt eller markedsføring. Dette kan efter omstændighederne være retsstridigt, men vurderingen er - som nævnt ovenfor i kap. 3.2.1 - ikke anderledes på grund af virksomhedens leveringsvanskeligheder.⁶⁵

Forskellig herfra er den situation, hvor virksomheden og konkurrenten ligeledes er uforbundne, men hvor produktplagieringen sker efter forudgående kontakt, jfr. også herom kap. 5.1. Der må skelnes mellem, hvorvidt kontakten skete med henblik på samarbejde i form af f.eks. forhandling af virksomhedens produkter eller enkeltstående køb.

Der er som udgangspunkt ingen pligt for virksomheden til at samarbejde med andre på forhandlerbasis, medmindre virksomheden faktisk har et forhandlernet, er omfattet af konkurrenceloven eller EØF-traktatens art. 85 og 86,⁶⁶ og forhandleren opfylder evt. generelle kriterier, som virksomheden stiller til sine forhand-

⁶⁴ Jfr. kap. 14 og Koktvedgaard s. 371.

⁶⁵ Der kan henvises til U 1981.46 HD - MAXI, U 1982.590 HD - Bentamin og U 1982.1081 HD - Søjlebordet.

⁶⁶ Jfr. bagatelmeddelelsen offentliggjort i EF-T C 231/2 af 12/9-1986.

lere.⁶⁷ Hvis den forsmåede forhandler efter afslag på at få forhandling plagierer virksomhedens produkter, vil dette være klart retsstridigt iht. mfl.

§ 1.⁶⁸

Der er ligeledes ingen pligt for virksomheden til at sælge sine produkter til alle og enhver, men omvendt kan virksomheden efter konkurrenceloven blive tilpligtet at sælge til aftagere, der har en væsentlig erhvervmæssig interesse heri.⁶⁹ I denne sammenhæng er det væsentligt, at retsstridighedsvurderingen efter mfl. § 1 kan blive påvirket af, at virksomheden nægter ethvert salg af sit produkt, uanset at køberen har en væsentlig erhvervmæssig interesse i at købe dette. I sagen U 1961.46 HD - Lego - ønskede Lego Billund A/S ikke at levere til en grossist-virksomhed, idet dennes kunde ikke var en 'specialbutik'. Grossisten begyndte herefter selv at fremstille byggesæt, der m.h.t. størrelse, farver o.l. lå meget tæt på Lego. Der var dog ikke kun tale om plagiat, idet byggesættene også indeholdt andet, og emballagen var anderledes. Ved frifindelsen for overtrædelse af krl. § 15 fremhæver Sø- og Handelsretten som et centralt moment, at Lego Billund A/S ikke ønskede at levere sit produkt. Endvidere fremhæves, at der var tilstræbt forskellighed i udformningen af byggesættene, og at der var foretaget individuelle udbygninger af byggesættet.⁷⁰

⁶⁷ Se også Markedsret s. 59ff og 64ff.

⁶⁸ U 1957.805 Shd - hæftmaskine. Se også U 1979.588 Shd - Silva 35, hvor forholdet angives at være 'groft illoyalt'.

⁶⁹ Se nærmere herom Konkurrenceret s. 131ff, Markedsret 2. udgave s. 91ff. I U 1990.161 HD - Jeva - var der leveringsnægtelse, men dette moment blev ikke tillagt vægt i dommen.

⁷⁰ Sø- og Handelsrettens dom blev stadfæstet af Højesteret iht. dens grunde. Konkurrenceret s. 255 om U 1961.46 HD: "Den danske LEGO-afgørelse synes at begrænse det konkurrenceretlige værn for stærkt, og i nutiden vil de fleste vel opfatte handlingsforløbet som et klart eksempel på illoyal markedsfortrængning." Dommen er endvidere nævnt af Koktvedgaard s. 369ff og Markedsret s. 152f.

Lego-sagen har klart monopolretlige undertoner, idet nye salgsformer ofte bliver genstand for en monopolretlig vurdering, fordi visse virksomheder nægter at samarbejde med dem. Virksomhederne møder disse med uro - vel især ud fra en opfattelse af, at virksomhedernes produkter ved afsætning under disse nye former vil blive nedvurderet i aftagernes bevidsthed, og dermed vil den aktuelle indtjening og det fremtidige salg blive formindsket.

I sagen U 1981.946 HD - marmorbordene - var CC medindehaver af en møbelforretning, hvor han bl.a. deltog i udviklingen af et bordunderstel til marmorbord - sammen med leverandøren JP. Efter at samarbejdet om møbelforretningen var blevet opsagt af medindehaverne, påbegyndte CC egen forretning med bl.a. marmorbord, men JP nægtede at levere bordunderstellet hertil. CC fik da selv fremstillet bordunderstel, der var næsten identiske med JP's. Mfl. § 1 ansås ikke for overtrådt: "... Dels fordi (CC) i sin tid havde ydet en væsentlig indsats ved frembringelsen af 'Andersenstellet', og dels fordi (JP) ikke kunne eller ville levere sine stel til (CC)".⁷¹ Sagen om marmorbordene er en blanding af monopolretlige og kontraktbaserede overvejelser; jfr. de nedenfor nævnte afgørelser, hvor kontraktsforholdet får afgørende betydning.

I kontraktsforhold er der pligt til at være loyal over for virksomheden. Dette indebærer, at partneren ikke må 'gribe ideen', jfr. kap. 2.4.1 og 3.2.3. Herved stækkes han i sine udfoldelsesmuligheder i videre omfang end en udenforstående

⁷¹ Højesteret stadfæster afgørelsen med følgende ord: "Efter en samlet vurdering af, hvad der foreligger oplyst om etableringen i 1975 af indstævntes markedsføring af appellantens understel til indstævntes marmorbord, om disse stels karakter og funktion og om omstændighederne i forbindelse med indstævntes åbning af sin nye forretning og ophøret af parternes forretningsforbindelse, findes der ikke grundlag for at fastslå, at indstævnte har handlet i strid med god markedsføringsskik ved i sin forhandling af marmorbord at anvende andetsteds indkøbte stel, selv om disse ganske lignede appellantens." Det er her betydelig vanskeligere at se, hvor vægten er lagt, men der tages ikke afstand fra betydningen af leveringsnægtelsen.

vil være.⁷² Dette udgangspunkt kan imidlertid kun opretholdes, hvis virksomheden handler loyalt selv. Hvis kontraktsforholdet afbrydes i utide, kan det stille dén ilde, der ikke - længere - kan få leverancer; til egen produktion og til opfyldelse af de aftaler, han måtte have indgået. Afbrydelsen kan danne grundlag for et erstatningskrav imod virksomheden, og som følge af afbrydelsen tillades partneren at gå tættere på virksomhedens produkter.⁷³

I 2 sager om afbrydelse af samhandel var omstændighederne følgende:

U 1968.785 HD - Unika væv⁷⁴ - U leverede møbelstof til G, der anvendte dette i sin produktion af møbler. U afbrød imidlertid leverancerne til G, idet U havde givet G's konkurrent V eneret på forhandling af møbelstoffet. G stod herefter i en ubehagelig situation, idet G havde planlagt sin produktion og baseret sin markedsføring på anvendelsen af U's møbelstof. G fik herefter fremstillet møbelstof, der havde en høj grad af lighed med U's - med landsrettens ord: "... må antages at foreligge en tilstræbt lighed ...". G blev imidlertid frifundet for overtrædelse af krl. § 15 (mfl. § 1), idet med Højesterets ord: "... uventede afbrydelser af leverancerne ... der alene var begrundet i, at appellanten havde meddelt en af indstævntes konkurrenter eneret ... bragt indstævnte i en forretningsmæssig vanskelig situation". Da der endvidere var en vis forskel i farvevalget, og G kun anvendte møbelstoffet i sin egen produktion, fandtes krl. § 15 ikke at være overtrådt.⁷⁵

I dommen U 1974.463 HD - Blomin - fremhæves det af Sø- og Handelsretten vedrørende afgrænsningen af den tidligere kontaktpartners adgang til at fremstille et konkurrerende produkt, at det i denne situation, hvor der ikke er tale om erhvervshemmeligheder, vil være uantageligt om partneren bliver stillet konkurrenceretligt ringere end alle andre: "... I hvert fald hvor

⁷² Jfr. Kockvedgaard s. 292f.

⁷³ Se Palle Bo Madsen i U 1982B.165, Markedsret s. 252, Gomard 89 s. 54 - det påhviler hver part at tage rimeligt hensyn til den anden parts interesser.

⁷⁴ Kommenteret af Mogens Hvidt i U 1969B.123f.

⁷⁵ Se også Sht. 1962.35 - Alufolieholderne, hvor produktet angives at være: "en efterligning, der praktisk taget er slavisk, og som let kan forveksles med sagsøgerens produkt." Dette fandtes ikke at være i strid med krl § 15 (mfl § 1), da konkurrenten i tillid til en aftale med virksomheden havde videresolgt et parti af produktet og nu ved udebleven levering stod i en 'tvangssituation'.

det som her er sagsøgeren, der har sagt samarbejdet op uden varsel". Begrundelsen - der førte til, at forbud ikke blev nedlagt mod den konkurrerende produktion - blev ikke gentaget af Højesteret.

De ovenfor anførte momenter om loyalitet kan sammenstilles med det af Koktvedgaard anførte om de momenter, der kvalificerer et forhold som en overtrædelse af mfl. § 1:⁷⁶ "... den endelige, konkrete vurdering bør kredse om, hvorvidt efterligneren, alt taget i betragtning, tiltager sig en sådan økonomisk fordel i konkurrencen på konkurrentens bekostning, at hans handling klart fremtræder som utilbørlig". Begrundelsen for at tillade 'produktplagieringen' i disse situationer kan findes i, at partneren har haft tillid til aftalegrundlaget og ved virksomhedens dispositioner er bragt i en forretningsmæssigt vanskelig situation og at dispositionerne er nødvendige for at undgå tab som følge af denne tillid.⁷⁷

3.2.5. Opsummering og vurdering af samarbejdsforholdets betydning

I enhver sag om krænkelse af mfl. § 1 vil det være det klare udgangspunkt, at en virksomhed alene kan kræve beskyttelse for produkter, der har en klar markedsværdi og dermed kan betragtes som et udtryk for virksomhedens indsats. For at en handling kan betragtes som retsstridig tilegnelse af en virksomheds investeringer af arbejdskraft, kapital og viden, må virksomhedens og konkurrentens produkter kunne 'forveksles' af den relevante aftagerkreds; og det skal endvidere bevises, at konkurrenten har kendt virksomhedens produkt og anvendt dette som forbillede i sin produktion. Et samarbejdsforhold vil i denne vurdering kunne få

⁷⁶ Koktvedgaard s. 369 - udtalelsen vedrører ikke samarbejdsforhold

⁷⁷ Kommentaren i U 1969B.123 fremhæver landsrettens og højesterets ord om, at stofferne var til brug i egen virksomhed og ikke til videre forhandling. Det afgørende moment må være, at stofferne plagieres for at opfylde indgåede aftaler og gennemføre en planlagt produktion. Tvangssituationen udgør den afgørende forskel i forhold til f.eks. U 1957.805 Shd - Hæftemaskinen; forsøget på at undgå tab forårsaget af tillidsmisbruget overfor et forsøg på markedsfortrængning. Se heroverfor vedr. normal afvikling af samarbejdet U 1988.570 Shd, hvor opsigelse af et agentur med det kontraktmæssige 1/2 års varsel bragte agenten i en vanskelig situation, men dette kunne ikke retfærdiggøre salg til den hidtidige kundekreds af næsten identiske møbler.

indflydelse på retsstridighedsvurderingen. Den tidligere ansatte har - p.g.a. sit indgående kendskab til virksomheden - mulighed for i højere grad end andre at kunne påvirke virksomhedens konkurrenceevne og dermed pligt til i højere grad end andre at respektere virksomhedens konkurrenceevne. Dette fører til, at vurderingen af markedsadfærden vil være strengere end i forhold til udenforstående, således at forholdet betragtes som retsstridigt, selv om forvekslelighedskravet ikke fuldt ud opfyldes. Samarbejdsforholdet vil kunne være den udslagsgivende faktor, hvis der er tvivl om, hvorvidt forholdet er retsstridigt. Samarbejdsforholdet vil i denne henseende - hvor der foreligger spørgsmål om vurdering af en nærgående efterligning - tilvejebringe en formodning for, at den tidligere ansatte på retsstridig måde har anvendt sit kendskab til virksomhedens forhold.

I de her gennemgåede domme indgår der ingen særskilt vurdering af den tidligere samarbejdspartners subjektive forhold, og alene på grundlag af en konstatering af retsstridighed iht. mfl. § 1⁷⁸ eller misligholdelse af loyalitetspligten ifaldes der erstatningsansvar, ligesom der principielt kan nedlægges forbud imod den konkurrerende produktion. Uanset at grænserne for retsstridighedsvurderingen er anderledes for tidligere samarbejdspartnere, og de subjektive forhold træder i baggrunden, er problemerne ved at gennemføre sådanne sager ikke væsentlig anderledes end i forhold til udenforstående konkurrenter.

Forbud må antages at have størst interesse i starten af en markedsføring, hvor produktets salgbarhed er størst, og det er da af afgørende betydning at kunne nedlægge fagedforbud. På grund af de mange samvirkende faktorer i disse sager vil en retsstridighedsvurdering ofte være særdeles usikker og at vurdere allerede i fogedretten, hvorvidt forholdet er retsstridigt og betingelserne for at nedlægge forbud er opfyldt, vil da som oftest ikke være acceptabelt; jfr. kap. 10 - eller der vil være en for stor risiko for at ifalde erstatningsansvar, fordi forbudsbetingel-

⁷⁸ Jfr. den ovennævnte henvisning til krl. § 15 ordlyd, hvorefter der direkte ved krænkelse af denne kunne tilkendes erstatning og nedlægges forbud; jfr. bet. 416/1966 s. 20 og 94.

serne ikke er opfyldt. Det er således karakteristisk, at der i ingen af de vedr. samarbejdsforhold gennemgåede domme var nedlagt fogedforbud, hvorimod der ved dommene nedlagdes forbud imod de konkurrerende produkter.⁷⁹

Tilsvarende volder erstatningsopgørelserne også her problemer - jfr. kap. 8 - og alene mulighederne for skønsmæssigt at fastsætte - evt. bodslignende - erstatninger bevirker ofte tilkendelse af erstatning overhovedet.⁸⁰

3.3. Snyltning på markedsføringsforanstaltninger⁸¹

Som nævnt flere gange i de foregående afsnit vil en virksomheds afsætning af sine produkter ofte knytte sig i mindst lige så høj grad til de ydre omstændigheder såsom vareudstyr, emballage, reklame, varemærke m.v., som det vil knytte sig til produktet i sig selv. Der er en glidende overgang,⁸² idet produktets udformning kan være så karakteristisk, at det i sig selv indeholder nogle af de nævnte elementer, men selv i en situation, hvor dette ikke er tilfældet, vil produktet ofte have enkelte elementer, der ikke alene er funktionsbestemt; som f.eks. produktets farve. Herudover foretager virksomheden en lang række handlinger, der skal fremme salget af produkterne; udformning af særlig emballage, reklamekampagner eller imagedyrkelse - for ikke at nævne forholdet mellem pris og kvalitet.⁸³ Virksom-

⁷⁹ U 1959.965 Shd - Stålrørscolerne, U 1961.979 Shd - Salt og pebersæt, U 1968.576 HD - Reska, U 1969.587 Shd - Nordia Dan, U 1980.578 Shd - Atka, U 1982.590 HD - Bentamin og U 1982.1149 Shd - Rulletransportbånd; jfr. nærmere herom i kap. 10.

⁸⁰ Jfr. Sø- og Handelsretten i 125 år s. 75ff.

⁸¹ Se vedr. vareudstyr NIR 1983.173ff - Virpi Tiili og NIR 1983.513ff - Koktvedgaard. Se også SOU 1987:1 s. 286ff - Lars Holmqvist og SOU 1987:1 s. 178ff, 199f og 256. Formskydd s. 359f.

⁸² Markedsret s. 143, Åndsretten s. 59, SOU 1987:1 s. 33f

⁸³ En del af disse handlinger vil yderligere have det indhold, at de skal differentiere virksomheden og dens ydelser fra andre tilsvarende, jfr. Dyekjær Hansen i U 1982B.154ff og Designskydd s. 28ff. Ofte vil dette dog være forhold, der mere har karakter af logo, varemærker, produkt- og virksomhedsnavn.

hedens investering i markedsføring af ydelsen kan være massiv,⁸⁴ især hvis produktet i sig selv er anonymt. Til eksempel kan nævnes udtrykket: "Skal vi dele 2 grønne", hvor få er uvidende om, hvad de 'grønne' er. I varemærkeretten er det velkendt, at en væsentlig del af virksomhedens afsætning kan være knyttet til de ydre omstændigheder såsom varemærke, vareudstyr m.v. Til eksempel kan nævnes "Coca cola", hvor ydelsen i sig selv er ret anonym eller "La Coste", hvis kvalitet er uangribelig, uden at være enestående. En markedsføringsforanstaltning behøver imidlertid ikke krænke et varemærke eller have varemærkekarakter for at kunne krænke en anden virksomheds markedsføring eller markedsidentitet og dermed være retsstridig iht. mfl. § 1.

Målet for retsordenen i denne sammenhæng er at opretholde et marked med fri adgang for nye virksomheder og at sikre en effektiv og sund konkurrence. Det er sædvanligvis antaget at være *moralsk uacceptabelt*, at en konkurrent kan afvente og se, om en markedsføringsindsats giver den ønskede afsætning og derefter tiltage sig resultaterne af denne indsats ved at lægge sig tæt op af virksomhedens identitet i markedet. Endvidere er det *uacceptabelt for forbrugerne*, idet de kan være i tvivl om, hvilken virksomheds produkter - og dermed hvilket produkt - de køber. Endelig er det såvel *samfundsøkonomisk* som overfor forbrugerne uacceptabelt, idet en optimal konkurrence forudsætter markedsføringsforanstaltninger, og det må antages, at virksomhedens interesse i at udvikle og markedsføre nye produkter vil kølnes kraftigt, hvis de ikke sikres udbytte af deres indsats.⁸⁵

Det kan være vanskeligt at skelne de situationer, hvor produktet plagieres, fra de situationer, hvor det er produktets markedsræssige identitet, der er gået for nær. Problemet illustreres i U 1968.576 HD - Reska - hvor 3 tidligere ansatte frem-

⁸⁴ Åndsretten s. 42f

⁸⁵ Se nærmere kap. 2.1 og 2.2.2, Formskydd s. 55, Markedsret s. 145ff, Lærebog i imm.ret - s. 23ff, Designskydd s. 28ff.

stillede reoler i konkurrence med deres tidligere arbejdsgiver.⁸⁶ Reolerne bestod af en række delelementer, og der var enighed om, at disse delelementer ingen beskyttelse nød. Der blev alene påstået forbud imod 3 nærmere karakteriserede opstillinger af disse delelementer; kaldet 'Flensborgreolen' efter det sted, hvor opstillingerne var blevet kendt. En særlig reolopstilling er nærmere at karakterisere som en markedsføringsforanstaltning end som en produktplagiering, og beskyttelsen skal gives her ud fra. Dommen illustrerer, at konkurrentens fremstilling af produktet meget vel kan være retmæssig, men den konkrete markedsføring heraf kan være i strid med mfl. § 1. I sager om produktplagiering vil der sædvanligvis også være flere led, hvor markedsføringen tages ud til selvstændig behandling.⁸⁷

Da det netop er produktets ydre kendetegn og markedsføringen af dette, der går for nær af konkurrenterne, vil et evt. tidligere samarbejdsforhold i denne sammenhæng⁸⁸ træde i baggrunden. Den interne viden, der kan tænkes anvendt i markedsføringen, vil kun vanskeligt kunne give sig udtryk i disse forhold - om forholdet til kundekredsen og andre omstændigheder henvises til kap. 4 og 5.⁸⁹

I modsætning til det ovenfor omhandlede om produktplagiering kommer konkurrenten ikke hurtigere eller billigere til et bestemt resultat, der herefter markedsføres i konkurrence med virksomheden. Konkurrenten lægger sig tæt op ad

⁸⁶ Dommen er nævnt ovenfor i kap. 3.2.3.

⁸⁷ Jfr. U 1961.46 HD - Lego, U 1979.844 Shd - Silva 35', U 1980.609 Shd - Bor og U 1983.854 Shd - Arkivsystem og U 1991.22 HD - Gubi.

⁸⁸ At der kan lægges vægt på et nu ophørt kontraktsforhold sås i afgørelsen U 1980.578 Shd - Atka kemi - hvor konkurrentens anvendelse af lignende emballage med for de mest betydende produkters vedkommende samme flaske og kapselfarver fandtes - i forhold til virksomheden - at være i strid med mfl. § 1; se også U 1982.1149 HD; jfr. kap 3.2.3.

⁸⁹ I de fleste af de her omhandlede sager vil der tillige være overvejelser af direkte varemærkeretlig karakter, der imidlertid falder uden for emnet. De nævnte domme kan derfor kun tages som et udpluk af en større problemstilling. Der vil tillige være overvejelser om mønsterregistrering, men ej heller dette omtales her - se også afgrænsningen ovenfor i kap. 1.3.

virksomhedens identitet i markedet⁹⁰ og udnytter herved dennes økonomiske indsats og bestræbelser på at få afsat sit eget produkt. Herved tilegner konkurrenten sig good will og markedsandele, der væsentligst er skabt på grundlag af virksomhedens indsats. Dette angiver, at beskyttelsen vil blive stærkere, jo bedre indarbejdet virksomhedens produkt er.⁹¹ For at konkurrentens markedsføring kan siges at honorere kravene til god markedsføringsskik, må der være den fornødne adskillelse i forhold til de eksisterende udbydere, således at forveksling af produkterne undgås. Forvekslelighedskriteriet spiller også her en afgørende rolle.

Emballagens udformning var fremme i flere sager om produkter på flaske.

I dommen U 1979.339 HD - Kijafa - solgte to virksomheder 'samme' produkt i flasker, hvor etiketten, farvevalg m.v. havde et vist fællespræg. Virksomheden markedsførte sit produkt i en lav timeglasformet flaske påsat mørk etiket med guldornamentering. Konkurrenten markedsførte herefter sit produkt i en lav 'portvins' flaske med en mørk etiket med guldornamentering. Da konkurrentens varemærke var fremhævet og der ikke var identitet mellem etiketterne - eller flaskerne - ud fra en helhedsbedømmelse, var der på tilstrækkelig tydelig måde skabt adskillelse, således at forholdet ikke var i strid med mfl. § 1.⁹²

En tilsvarende bedømmelse - med et modsat resultat - fandt sted i sagen U 1984.1114 Shd - Klorin - hvor retten indledningsvis fremhævede, at klorinfabrikken havde en betydelig markedsandel. Konkurrentens anvendelse af en flaske med samme farve, lignende form og etiket sammenholdt med, at den markedsførtes under betegnelsen 'klor', var egnet til at fremkalde forveksling med klorinfabrikens produkt. Forholdet indebar en krænkelse af såvel varemærkeloven som markedsføringsloven.

⁹⁰ Dette kan naturligvis kombineres med retsstridig produktplagiering, men der er ikke nogen nødvendig sammenhæng mellem disse forhold.

⁹¹ Jfr. tilsvarende - med ikrafttræden 1/1-1992 - Vml. § 4, stk. 2 - 'velkendte mærker' og Løchen s. 123

⁹² Et ligeledes frifindende eksempel ses i dommen U 1974.463 HD - Blomin - hvor konkurrentens flaske havde en klart afvigende farve og emballagen en anden form, og der anvendtes et ikke forveksleligt varemærke. Fremstillingen krænkede ikke mfl. § 9 (kr. l. § 11) - eller var på anden måde baseret på viden erhvervet gennem samarbejdsforholdet; jfr. kap. 6.1.2.4.

I dommen U 1983.1074 Shd - L'Oréal - markedsførte ALDI en hårspray, der konkurrerede med L's. Spraydåserne havde samme størrelse, form og farve og motiverne på emballagen var stort set identisk. Uanset at Aldi henholdsvis klæbede motivet over, kom anden farve hætte på og ændrede motivet på flasken, fandtes dette at være retsstridigt jfr. mfl. §§ 5 og 1 i forhold til L, idet alle varianterne havde en betydelig lighed med L's flaske, og der var nærliggende forvekslingsmulighed.⁹³

Markedsføring kan have mange former, f.eks. vildledende og illoyal reklame og anden oplysning.⁹⁴ I dommen U 1982.590 HD - Bentamin - var der leveringsvanskeligheder for en producent af et slankemiddel p.g.a. en overvældende efterspørgsel efter dette.⁹⁵ I denne situation markedsførte konkurrenten et produkt, der var identisk med virksomhedens, og rundsendte til forhandlerne en skrivelse af følgende indhold: "Bentamin har vi desværre ikke - men", hvorefter fulgte en gengivelse af konkurrentens etiket for sit produkt samt en bestillingsformular. Dette fandtes at være i strid med mfl. § 1 p.g.a. den indirekte opfordring til at hjemtage konkurrentens produkt i stedet for virksomhedens. Under disse omstændigheder fandtes konkurrentens produktnavn - Betina - ligeledes egnet til at fremkalde forveksling.

Markedsføring af *uoriginale reservedele* er også et felt, hvor for stærk fremhævelse af varemærket for det produkt, som reservedelen kan anvendes til, - uanset forholdets retmæssighed i øvrigt - i sig selv kan være en krænkelse af markedsføringsloven (og varemærkeloven). Dette fandtes at være tilfældet i U 1983.852 Shd, hvor betegnelsen "Refill for PARKER" fandtes at være såvel vildledende jfr.

⁹³ Der spiller vel også det moment ind, at er der først én gang statueret krænkelse, så stilles der større krav til adskillelsen, end hvis produktet i sin nye udformning havde været bedømt fra først af - jfr. U 1983.147 HD - Absalon og U 1987.732 Shd - Avalon.

⁹⁴ Konkurrenceret s. 163ff

⁹⁵ Jfr. ovenfor kap. 3.2.2 og 3.2.4.

mfl. § 2 stk. 1 og i strid med såvel mfl. § 5 som med mfl. § 1 p.g.a. den valgte fremgangsmåde - fremhævelsen af mærket PARKER.⁹⁶

Højesteret har i U 1991.22 HD - Gubi - haft anledning til at tage stilling til farvevalget. I en situation, hvor konkurrenten bestilte og i detailsalg udbød plaider, der "...med hensyn til farvevalg og farvesortiment havde en tilstræbt lighed..." udtalte højesteret (3 ud af 5 dommere): "Selv om det efter skønserklæringen må lægges til grund, at udvælgelsen og sammensætningen af de i forvejen kendte farver i Holmensplaiderne var en kommerciel nydannelse, er det betænkeligt at fastslå, at appellantens herigennem kan opnå en almindelig beskyttelse mod, at andre sælger plaider i samme farveskala."⁹⁷ Da plaiderne ej heller var markedsført på forvekslelig måde - og der ikke forelå nogen loyalitetspligt - blev sagsøgte frifundet.⁹⁸ På baggrund af denne dom må der - for sådanne i sig selv anonyme produkter som plaider - skulle mere til end blot lighed i farvevalg og farvesortiment for at statuere krænkelse af mfl. § 1.

I disse sager er det karakteristisk, at konkurrenten sædvanligvis kender virksomheden og evt. tidligere har samarbejdet med denne. De subjektive forhold bliver således ikke berørt, da den afgørende vurdering netop er en retlig vurdering af, hvorvidt konkurrenten er 'gået for tæt på' virksomhedens markedsføring. Tabsopgørelsesproblemerne er også hér store - jfr. kap. 3.2.5 og fogedforbud kan kun anses for anvendeligt i meget klare tilfælde, eller hvor der indgår beskyttelse iht. eneretslovene - som f.eks. U 1983.1074 Shd - L'oréal; jfr. kap. 10 om forbud.

⁹⁶ Jfr. Konkurrenceret s. 233 og 253f. Se også U 1983.923 HD - DOMI, U 1981.46 HD - Maxi. Se vedr. anvendelse varemærker - U 1982.69 HD med U 1982B.315.

⁹⁷ Mindretallet ville dømme sagsøgte for at have handlet i strid med god markedsføringsskik "...ved som sket at have lagt sig tæt op ad appellantens plaider..."

⁹⁸ Se også U 1965.830 Shd - Murpløkke.

Trods deres klare sammenhæng med vurderingen af produktbeskyttelsen kan de ydre omstændigheder - markedsføringsforanstaltningerne - kun vanskeligt i sig selv danne grundlag for vedtagelsen af en konkurrenceklausul, idet kendskab til disse ydre forhold som udgangspunkt ikke knytter sig specifikt til ansættelsesforholdet.

3.4. Aftaleregulerede forhold - detaljeret kendskab til virksomheden - salgsingeniøren

I dette afsnit behandles den gruppe ansatte, som - med henblik på at bestride en salgsfunktion - har erhvervet et indgående kendskab til virksomhedens afsætning og virksomhedens produkter. Tilfælde af denne art vil ofte være omfattet af mfl. § 9 stk. 2 og 3, men det kan være et tvivlsomt bevis at føre, at den ansatte har overtrådt sine forpligtelser i h.t. denne bestemmelse.⁹⁹ Der vil ofte være tale om mere komplekse produkter, hvor der i salgsøjemed er brug for en betydelig grad af rådgivning. Også kendskab til kalkulationsprincipper m.h.t. rabat, kredit, dækningsbidrag m.m. træder i forgrunden fremfor det mere personlige kundekendskab. Kendskab til kalkulationsprincipper m.v. vil ofte være forbundet med en lederfunktion i virksomheden.¹⁰⁰

Som netop nævnt fremtræder sager vedrørende personer med indgående og specifikt kendskab til virksomheden i to grupper, hvor den ene vedrører kendskab til produkterne og den anden kendskab til afsætningen. Kendskab til produkterne er sædvanligvis nødvendigt for at kunne sælge de her omhandlede - ofte mere komplicerede produkter - på forsvarlig vis, men også alene kendskab til for-

⁹⁹ Jfr. kap. 2.2.3, 2.4.3 og 6.

¹⁰⁰ I en sammenligning mellem denne gruppe og de i kap. 3.1 - 3.3 behandlede problemstillinger er det et problem, at der ofte vil indgå en række af faktorer, hvor den ansatte kan påvirke virksomhedens konkurrenceevne. Disse faktorer vedrører alle markedsføringen og kendskab til produktet, men de vil på trods heraf have en ganske anden karakter end ved produktplagieringen ovenfor. Konkurrenceklausulen vedrører de ansattes særlige kendskab til produkt og forretningsforhold, hvor sammenligning - og spørgsmålet om forveksling - af virksomhedens og konkurrentens produkter alene skal vurderes som det ydre udtryk for, at forpligtelsen er krænket.

retningsforhold kan være den udslagsgivende faktor. Den personlige kundekontakt træder her mere i baggrunden, hvorimod kundekontakten i andre sammenhænge - jfr. kap. 4 - er netop dét forhold, der kan motivere en konkurrenceklausul.

I retspraksis afspejles virksomhedernes beskyttelsesbehov. Det kriterium, retspraksis er udtryk for, er det i aftl. § 38 nævnte om at beskytte virksomhederne imod 'konkurrence'. Her skal fremhæves:

U 1974.294 HD - Sauer - S var ansat i kontormaskinefirmaet K, hvor han varetog forskellige funktioner igennem årene. I begyndelsen varetog S installationsarbejde og opfølgning overfor kunderne, men i de senere år fik S flere planlægningsfunktioner og særligt til opgave at udvikle et nyt edb-system. Problemet var særlig det, at der ikke var oprettet nye kontrakter i forbindelse med omplaceringerne, men Højesteret anså konkurrenceklausulen for opretholdt. Firmaet havde en særlig salgsafdeling, og S' kontakt med kunderne havde mere teknisk karakter. Det særlige i hans stilling herudover var det, at han kendte de enkelte kunders tekniske behov, firmaets produkter til mindste detalje, og at han havde ledelsesfunktioner.¹⁰¹

U 1978.321 HD - Chefkonsulent - F var ansat som sælger i firmaet A, der forhandlede planlægnings-, arkiverings- og kartotekssystemer. Stillingen som chefkonsulent indebar: "et sådant kendskab til (A's) kalkulationer, priser og kundekreds, at (F's) viden på dette område kunne have betydelig værdi for (A's) nærmeste konkurrenter". Hermed kvalificerede Højesteret stillingen som 'særlig betroet'. For afgrænsningen af hvilke materielle omstændigheder, der kan motivere beskyttelsen af virksomheden, har den nævnte præmis stor relevans, idet virksomheden som berettiget interesse kan anføre kendskabet til afsætningen - et forhold der kan have vital konkurrencemæssig betydning. En konkurrenceklausul på ét år ansås for at være misligholdt ved ansættelse hos en konkurrent, og klausulen, der indskrænkede F's adgang til at arbejde med tilsvarende produkter, ansås ikke for at være for vidtgående i relation til indskrænkning af F's adgang til erhverv.¹⁰²

¹⁰¹ Konkurrenceklausulen på ét år (jfr. U 1971.367 Ølk vedr. nedlæggelsen af fogedforbud) blev anset for misligholdt - og opretholdt fuldt ud - ved S ansættelse i et konkurrerende firma. Endvidere opretholdtes en konventionalbod på kr. 3.000. Se om dommen kap. 6.2 og 12.

¹⁰² Se også vedr. samme firma utrykt Shd af 7/7 - 1986 i sag H 131/1985, hvor klausulen omfattede 4 navngivne konkurrenter. Den tidligere ansatte ansås for betroet med ordene: "... har erhvervet en viden, som ikke var almindelig tilgængelig i branchen, og som kunne udnyttes af konkurrenterne." Klausulen ansås for misligholdt - og en konventionalbod på kr. 15.000,- for forfalden - ved ansættelse i ét af de 4 firmaer, uanset at den forpligtede ikke arbejdede i

U 1981.731 V - Slidbanedæk - Afdelingsleder B i et landsdækkende dæk-firma opsagde sin stilling og tog ansættelse i en konkurrerende virksomhed. Det var et afgørende spørgsmål i sagen, hvorvidt B indtog en 'særlig betroet' stilling; jfr. kap. 12. I lyset af den netop gennemgåede dom kan det ikke undre, at en konkurrenceklausul på 6 mdr. blev opretholdt, idet B havde: "... et sådant kendskab til ... kundekreds, pris- og rabatpolitik, at hans viden på dette område kunne have betydelig værdi for ... konkurrenter". Dette skal ses i lyset af, at byretten fastslog, at B "... ikke ... i højere grad end en hvilken som helst underordnet funktionær i virksomheden fik kendskab til forhold, der kunne udnyttes til skade for firmaet." For landsretten blev det oplyst, at B havde en reelt selvstændig stilling, hvor han indgik aftaler med forretningsforbindelser, og at han havde et detaljeret kendskab til virksomhedens afsætning, som menige medarbejdere ikke havde.

U 1983.157 HD - Boll og Kirch - R var ansat som salgsingeniør i handelsfirmaet J, hvor han var beskæftiget med ét agentur - for firmaet Boll og Kirch (BK). Efter at BK havde opsagt agenturet, gik R i forhandling med BK om overtagelse af agenturet, og de oprettede sammen et salgsselskab, der alene skulle sælge BK's produkter. I sin ansættelse var R pålagt en klausul, hvorefter han i 2 år efter ansættelsens ophør var uberettiget til at samarbejde med J's forretningsforbindelser - agenturgivere. Der var aftalt en konventionalbod på 6 mdr. løn for overtrædelse af denne forpligtelse. Højesteret fastslog, at klausulen var misligholdt ved dette samarbejde, og at klausulen - som følge af sit begrænsede omfang - alene omfattedes af afl. § 36, og at den ikke kunne tilsidesættes efter denne bestemmelse, idet J havde en berettiget interesse i at sikre sig mod et samarbejde mellem tidligere ansatte og tidligere agenturgivere. R måtte anses for at have et detaljeret produkt-kendskab og kendskab til kalkulationsprincipperne for BK's produkter. Uanset sin høje grad af specialisering ansås R ikke for at være således indskrænket i sin adgang til erhverv, at klausulen kunne kvalificeres som urimelig.¹⁰³

Utrykt Shd - Pilvad agentur - G var ansat som salgsschef i handelsvirksomheden Pilvad med særligt sigte på varetagelsen af videresalg for ét firma - PMN, der fremstillede palleterings- og emballeringsmaskiner. Efter PMN havde opsagt eneforhandlingsaftalen, opsagde G sin stilling hos Pilvad og etablerede i opsigelsesperioden et samarbejde med PMN, hvor han bl.a. orienterede om Pilvad's *priser, fortjeneste og nye ordrer*. Herved mistede Pilvad en del fortjeneste som følge af prisforhøjelser samt flere aktuelle ordrer, der senere blev opfyldt af PMN. G blev bortvist, da samarbejdet og

samme distrikt som hidtil.

¹⁰³ Se vedr. samme firma U 1983.164 HD, hvor 'fogedforbud burde være fremmet, idet det måtte lægges til grund, at indkærede havde handlet i strid med klausulen.'

illoyaliteten kunne sandsynliggøres ved telefonaflytning - og en efterfølgende vidneforklaring dokumenterede samarbejdet. Konkurrenceklausulen ansås ligeledes for overtrådt p.g.a. - det fortsatte - samarbejde med PMN, og da 3 andre agenturer i klausulperioden gik over til PMN.¹⁰⁴

Det kan - med henvisning til domsexemplifikationen - fastslås, at et indgående kendskab til virksomhedens produkter og kommercielle grundlag kan være et tilstrækkeligt grundlag for at aftale en konkurrenceklausul. Der vil ofte være en lederfunktion forbundet med dette kendskab - jfr. kap. 5 og i enkelttilfælde har den ansatte alene kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder - hvorledes produkterne fremstilles - jfr. kap. 6. Problemet i disse sager er, hvilket niveau kendskabet til virksomhedens produkter og kommercielle grundlag skal have - jfr. U 1978.321 HD og U 1981.731 VLD; jfr. om 'særlig betroet stilling' kap. 12. Det er klart, at det må have 'betydelig værdi for konkurrenterne', men hvad dette indebærer må afgøres i hver enkelt sag.

Vedtagelsen af en konkurrenceklausul afskærer hele den konfliktmulighed, der er behandlet ovenfor i kap. 3.2 - i det omfang konkurrenceklausulen opretholdes. Konkurrenceklausulen får således afgørende betydning, idet den inden for sin ordlyd materielt ændrer den ansattes retsstilling. Diskussionen om produkternes mulige forvekslelighed, forholdets retsstridighed og misligholdelse af loyalitetspligten afløses af overvejelser over, om konkurrenceklausulen er misligholdt - dvs. af det betydelig lettere bevistema, hvorvidt den tidligere ansatte er ansat i eller har etableret konkurrerende virksomhed eller har samarbejdet med en af klausulen omfattet agenturgiver.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Utrykt Shd i sagerne F 98/1981 og F 517/1981 afsagt den 18/4 - 1983. Om anvendelsen af bod og erstatning samtidig henvises til kap. 9.

¹⁰⁵ Se også kap. 4.3.2 vedr. spørgsmålet, om økonomisk interesse i konkurrerende virksomhed kan betragtes som misligholdelse.

3.5. Vurdering

I en sammenligning mellem retsstillingen henholdsvis uden og med en konkurrenceklausul - jfr. ovenfor kap. 3.2 om produktplagiering - er der en klar forskel på virksomhedens muligheder for at gribe ind overfor en tidligere ansats fremstilling af plagierende produkter. Markedsføringloven giver som udgangspunkt virksomhederne en stedse nærværende minimumsbeskyttelse - jfr. dog kap. 3.2.4, der virker ved siden af en evt. konkurrenceklausul - jfr. kap. 2.4.4. Markedsføringsloven forudsætter ikke noget særligt kvalificeret kendskab til virksomhedens forhold, men alene at virksomhedens produkter har en selvstændig markedsidentitet. Konkurrenceklausuler er således meget anvendelige til at sikre virksomheden, men de kan ikke stå alene - og de står som anført heller ikke alene.

Selve misligholdelsen af konkurrenceklausulen vil være tilstrækkelig som *ansvarsgrundlag i en erstatningssag*. De subjektive betingelser herfor må klart anses for opfyldt, idet den tidligere ansatte ved kontraktsforpligtelsen er gjort klart, at virksomheden har interesse i at beskytte sine særlige forhold, og viden/burde viden er bevist, når den ansatte p.g.a. sit kendskab til virksomheden indtager en 'særlig betroet stilling'.¹⁰⁶

På *forbudssiden* er det klart, at en misligholdt konkurrenceklausul kan danne grundlag for nedlæggelsen af forbud, men der er afgørende forskel på, hvilket tidspunkt forbudsreaktionen kan anvendes på (fogedforbud/forbudsdom) og imod hvad der kan nedlægges forbud. Ved produktbeskyttelse uden konkurrenceklausul kan der alene nedlægges forbud mod selve det produkt eller den markedsføringsforanstaltning, der konstituerer retsstridigheden i forhold til virksomheden, hvor det med en konkurrenceklausul - alt efter dennes indhold - herudover er muligt at forbyde den ansatte at etablere konkurrerende virksomhed eller tage

¹⁰⁶ Vedr. ansvarsgrundlag i en erstatningssag - se den ovenfor nævnte utrykte Shd i sag F 98/81 og F 517/81 - Pilvad agentur. I sagerne U 1974.294 HD - Sauer, U 1978.321 HD - Chefkonsulent, U 1981.731 Vld - Slidbanedæk, U 1983.157 HD - Boll og Kirsch og tillige i utrykt Shd - Pilvad agentur - var aftalt konventionalbøder, der var forfaldne ved misligholdelsen; jfr. kap. 9.

ansættelse i en sådan.¹⁰⁷ Endvidere vil det - jfr. bemærkningerne om fogedforbud nedenfor i kap. 10 - i høj grad med en konkurrenceklausul være muligt at få nedlagt foreløbigt forbud ved fogedretten,¹⁰⁸ hvor det uden konkurrenceklausul - jfr. vurderingen i kap. 3.2.5 - p.g.a. de mange samvirkende faktorer i retsstridighedsvurderingen vil være vanskeligt i fogedretten at bevise, at der er handlet retsstridigt i forhold til virksomheden.

Retsstridighedsvurderingen uden konkurrenceklausul er p.g.a. disse samvirkende faktorer en klart relativ vurdering, hvor visse elementer iht. praksis typisk vil være udslagsgivende, men hvor de konkrete omstændigheder i den enkelte sag kan ændre billedet, jfr. kap. 3.2.4. Denne relativitet i vurderingen ændrer sig radikalt, hvor parterne aftaler en konkurrenceklausul, hvori parternes gensidige forpligtelser fastlægges, således at misligholdelse heraf vil være retsstridig mellem parterne. Den ansattes principielt frie adgang til at etablere konkurrerende virksomhed - eller tage ansættelse i en sådan - kan herved afskæres,¹⁰⁹ eller han kan alene forpligte sig til f.eks. ikke at beskæftige sig med visse produktkategorier. Konsekvenserne heraf er - som ovenfor beskrevet - at usikkerheden for virksomhederne i relation til mulighederne for at gribe ind overfor den konkurrerende virksomhed svinder kraftigt ind; under hensyntagen til, at klausulen kan lempes eller tilsidesættes. Forbud kan - som nævnt ovenfor - umiddelbart anvendes.

¹⁰⁷ Jfr. Kobbernagel I s. 200ff, Se også Carlsen s. 369ff

¹⁰⁸ I dommene U 1974.294 HD - Sauer, U 1981.731 Vld - Slidbanedæk, U 1983.157 HD - Boll og Kirsch og utrykt Shd i sagerne F 98/81 og 517/81 - afsagt 18/4-83 - Pilvad agentur - var der nedlagt fogedforbud, der alle blev opretholdt. I dommen U 1978.321 HD - Chefkonsulent - var der ikke påstået forbud.

¹⁰⁹ Jfr. kap. 14 om den tidsmæssige udstrækning.

KAPITEL 4. KUNDERELATIONER MV.¹

4.1. Indledning

Ved produktplagiering blev det fremhævet, at forvekslelighed er en afgørende betingelse for retsstridigheden. Herved påvirkes virksomhedens kundekreds, men det har ved bearbejdningen været underforstået, at kundekredsen som udgangspunkt har været ubestemt. Ved en mere direkte påvirkning af virksomhedens enkelte kunder vil forholdet være anderledes end ved konkurrentens påvirkning af en ubestemt kreds af aftagere. Der er forskel på hhv. at lægge sig tæt op ad virksomhedens identitet i markedet eller udnytte virksomhedens indsats til selv at kunne producere billigere, og så til de forhold, hvor kundekredsen aktivt påvirkes.²

Der er mange forskellige muligheder for påvirkning af virksomhedernes kundekreds. Udgangspunktet er, at konkurrenterne ikke har noget detaljeret kendskab til, hvem kundekredsen omfatter og som følge heraf heller ikke har noget specifikt kendskab til en konkret virksomheds kunder. Henvendelse til en potentiel kundekreds vil - alt efter under hvilken form det sker, jfr. ICC kodex for reklame m.v. - være helt legalt for en virksomheds konkurrenter, idet den rettes til hele kundekredsen og ikke specifikt imod en konkret virksomhed. Derimod vil illoyal sammenligning med konkurrenterne være i strid med mfl. § 1, nedvurdering og latterliggørelse ligeså, jfr. U 1982.635 Shd, ligesom opreklamering af sig selv uden hold i virkeligheden vil kunne være i strid med mfl. § 2, stk. 1, og § 1; jfr. U 1985.300 Shd.³

¹ Gesner - forretningsoverdragelse s. 35ff, Kobbernagel I s. 146ff, Markedsret s. 246ff, Carlsen s. 381ff, Koktvedgaard s. 287ff.

² Denne aktive påvirkning forudsætter nødvendigvis, at produkterne er substituerbare og dermed konkurrerende, men de behøver ikke være forvekslelige.

³ Se herom Markedsret s. 158f, Konkurrenceret s. 163ff, Krüger Andersen s. 261ff. Om indirekte opfordring til at købe konkurrentens produkt i stedet for virksomhedens - se U 1982.590 HD - Bentamin - nævnt kap. 3.2.2. Om et mellemtilfælde se U 1968.50 HD - Donatzsky - hvor henvendelsen til kunderne pga. det nu ophørte samarbejdsforholds karakter ikke var retsstridig i sig selv. Dette fandtes imidlertid at være tilfældet pga. henvendelsens indhold, idet denne misrekommanderede den tidligere samarbejdspartner.

4.2. Konkurrencebeskyttelsen - loyalitetspligten

4.2.1. Tidligere ansatte - loyalitetspligten

Tidligere ansatte i en virksomhed behøver ikke anvende sådanne 'grove' virkemidler, idet de kender virksomheden og dennes kunder og ved en henvendelse til disse kan lade sådant være underforstået. De ansatte vil netop - i modsætning til udenforstående - p.g.a. deres indgående kendskab til virksomhedens forretningsforbindelser være i stand til at påvirke disse på en måde, som udenforstående ikke kan.⁴ En anvendelse af dette kendskab behøver ikke at have nogen virkning på virksomhedens eller konkurrentens almene markedsføring, men dog kan forholdet være illoyalt og begrunde erstatningsansvar over for virksomheden.⁵

Retsstridigheden tager for de ansatte udgangspunkt i, at de har været ansat til at 'oparbejde' kunderelationer for virksomheden og på grund heraf er i en position, hvor de p.g.a. deres personlige og faglige kendskab til netop denne virksomheds forretningsforbindelser alvorligt kan påvirke virksomhedens markedsposition;⁶ jfr. ovenfor om tillidsforholds betydning kap. 2.4.1. Dette er i særlig grad tilfældet, hvis virksomhedens *produkter let lader sig substituere*, idet adgangen til at introducere konkurrerende produkter for kundekredsen her vil være særlig enkel. Kundernes loyalitet må i disse tilfælde antages i højere grad at være knyttet til virksomhedens sælger end til virksomhedens produkter. Der må - ud fra denne på

⁴ Virksomhedens relationer til forretningsforbindelserne, kunder, agenturgivere, forhandlere, agenter og leverandører vil ofte være oparbejdet gennem en årrække og være af vital betydning for virksomheden. At det er et særligt følsomt område illustreres bl.a. af, at der i kontraktspraksis anvendes klausuler, der alene tager sigte på at afskære tidligere medarbejdere fra at udføre arbejde for virksomhedens kunder, jfr. kap. 4.3 og 4.4.

⁵ Dette var f.eks. tilfældet i en utrykt sø- og handelsretsdom af 6/5 1987 i sag H 592/1984 - Aalborg Hydraulic - hvor 2 ansatte etablerede egen konkurrerende virksomhed. De skrev til en af virksomhedens kunder og fremhævede egne produkter på en over for virksomheden illoyal måde. Det fandtes også illoyalt og i strid med mfl. § 1 i den generelle henvendelse til kunderne at referere til de ansattes i virksomheden oparbejdede erfaringsgrundlag.

⁶ Der tænkes i denne sammenhæng på sælgere, repræsentanter o.l., der alene har kendskab til virksomhedens kommercielle forhold og produktionen i det omfang, det er nødvendigt for at kunne sælge produkterne. Se om tjenesteydelser kap. 4.4.

tillidsforholdet baserede ekstraordinære mulighed for at påføre virksomheden konkurrence - påhvile de ansatte en pligt til ikke direkte at påvirke dé af virksomhedens forretningsforbindelser, kunder og agenturgivere, som de har haft kontakt med i deres ansættelse - jfr. dog kap. 4.2.2.

Det må forudsættes, at der efter ansættelsens ophør er en faktisk påvirkningsmulighed i forhold til virksomhedens forretningsforbindelser, som knytter sig til det nu ophørte ansættelsesforhold. På et tidspunkt bliver forbindelsen til ansættelsesforholdet så svag, at forholdet ikke længere kan anses for retsstridigt; jfr. kap. 14. Hvornår dette sker, afhænger helt af forholdets karakter; om der er en snæver kreds af forretningsforbindelser, et langvarigt kendskab, meget specielle produkter osv. En fast tidsgrænse er det ikke muligt at angive, men det må - jfr. de nedenfor nævnte domme - være vejledende for retsstridigheden, om virksomheden f.eks. går glip af en aktuel ordre eller af et kort forud oparbejdet klientel.

Et eksempel på, at forholdet til virksomhedens kundekreds bedømmes markant anderledes for tidligere ansatte, ses udtrykt i U 1939.324 HD - Assurandør - hvor D i en årrække bestyrede et agentur for forsikringselskabet 'Danmark'. Efter sin fratræden forpligtede D sig til - mod vederlag - at sikre kunderne for 'Danmark'. Da han overtrådte denne forpligtelse, blev han dømt til at tilbagebetale vederlaget. Interessant var det, om 'Danmark' herudover kunne få nedlagt forbud imod, at D aktivt konkurrerede med 'Danmark'. Tre aktuelle opsigelser kunne ikke danne grundlag herfor, da D ikke aktivt havde fremskaffet disse. Retten udtaler herefter: "Det bemærkes dog herved, at der må gås ud fra, at (det) også uden vedtagelse har påhvilet appallanten i et vist tidsrum efter hans fratrædelse at undlade på egen foranledning og i egen interesse at gøre indgreb i selskabets forsikringer, i hvert fald for så vidt han for tegningen har oppebåret provision for disse".⁷

⁷ Jfr. U 1958.674 Shd - FLASH, hvor repræsentanten H umiddelbart inden sin fratræden forhandlede på virksomhedens vegne med to kunder. Efter sin ansættelse i et konkurrerende firma kontaktede han de to kunder og fik dem - ved at anvende materiale fra virksomheden - 'med over'. Dette var i strid med krl. § 15 (mfl. § 1), men kunne - jfr. Koktvedgaard s. 306 - være henført til krl. § 11 (mfl. § 9). Se også U 1950.929 Shd, hvor henvendelse til en agenturgiver henførtes til krl. § 11 (mfl. § 9) - dette burde - også jfr. Koktvedgaard s. 306 - have været § 15.

Det kan ikke ses at være afgørende, at denne udtalelse vedrører en assurandør, hvorved det henstår uklart, hvorvidt denne har været selvstændig eller ansat;^{8 9} beskyttelsesbehovet for virksomheden er det samme.

I U 1983.105 HD - Slipmiddel - var US ansat som salgssingeniør i virksomheden C. Efter sin fratræden startede US egen produktion i konkurrence med C og spørgsmålet var, om C herved var gået for nær. At forholdet indebar en overtrædelse af mfl. § 9, gennemgås i kap. 6.1.2.2. Sø- og Handelsretten antager, at § 1 er overtrådt med formuleringen: "... ved sin - i hvert fald straks efter arbejdsforholdets ophør - optagne konkurrerende virksomhed, herunder især besøg hos sagsøgerens kundekreds ...". Højesteret antager ligeledes, at § 1 er overtrådt med følgende begrundelse: "... til fremstilling af et i alt væsentligt tilsvarende produkt, som han i umiddelbar fortsættelse af sin fratræden søgte at afhænde til appellansens kunder." Det bemærkes, at Højesteret ikke gentager Sø- og Handelsrettens ord om optagelsen af konkurrerende virksomhed som en overtrædelse af mfl. § 1 og at der lægges vægt på 'tilsvarende produkt' og afhændelse til den kundekreds, som US kender fra sin ansættelse.¹⁰

Endvidere kan anføres U 1988.570 Shd - Møbelagent - med rettens ord: "Sagsøgtes salg af møbler, der var næsten identiske med sagsøgerens møbler, til den kundekreds, der umiddelbart forinden havde købt sagsøgerens møbler, findes at stride mod god markedsføringsskik."¹¹

Det må således kunne slås fast, at en direkte påvirkning af forretningsforbindelser, som man har opnået kendskab til gennem sin ansættelse, principielt vil være i strid med mfl. § 1 og loyalitetspligten.

⁸ Jfr. U 1990.529 HD, hvor det var aftalt, at udbetalt provision skulle tilbageføres, hvis forsikringsselskabet ikke fastholdt kunderne i 3 år.

⁹ Ved overdragelse af virksomheder til en ny ejer er forholdet anderledes. Der er ikke samme sociale hensyn at tage til overdrageren, der typisk er sikret økonomisk af vederlaget for overdragelsen. Overdragelsen vedrører ofte direkte virksomhedens kundekreds/goodwill, og et egl. konkurrenceforbud vil være nødvendigt, hvis handlen overhovedet skal kunne gennemføres; og det træder i kraft i umiddelbar forlængelse af aftalens indgåelse. Se herom kort i kap. 2.4.2 og i kap. 14 vedr. den tidsmæssige udstrækning.

¹⁰ Dette er også klart - jfr. ovenfor - da det ikke er selve den konkurrerende virksomhed, der gør forholdet retsstridigt, men valget og udformningen af det konkurrerende produkt og henvendelsen til virksomhedens kundekreds.

¹¹ Se om dommen kap. 15 ad afl. § 38, stk. 2, og kap. 3.2.3 og 3.2.4. Se også til dels U 1991.10 HD.

4.2.2. Retsstridigheden - særlige momenter

Det er ikke ethvert besøg hos virksomhedens kunder, der fører til krænkelse af loyalitetspligten. Afgørende for retsstridigheden må være, hvorvidt der sker en *direkte henvendelse til enkelte forretningsforbindelser* eller en *systematisk påvirkning af større dele af kundekredsen*.¹² Udgangspunktet for vurderingen er klart, at når det accepteres, at den ansatte etablerer konkurrerende virksomhed, må det nødvendigvis også accepteres, at han retter henvendelse til sine potentielle kunder. Han er imidlertid afskåret fra at bruge dét særlige kendskab til enkelte - eller flere - af de mulige kunder, som han har oparbejdet i virksomheden.

I dommen U 1939,622 VLD - Akkvisitør - frifandtes den ansatte, uanset han havde tegnet 93 policer for kunder, som han tidligere havde 'hvervet' til sin hidtidige arbejdsgiver. Forholdet var nærmere det, at tegningen havde fundet sted over 5 kvartaler, efter at ansættelsesforholdet var ophørt, at der ikke var foretaget nogen systematisk påvirkning af virksomhedens kunder, men de var besøgt under en almindelig besøgsrunde i området. Det fandtes endvidere ikke bevist, at den ansatte havde benyttet sig af noget særligt kendskab til den 'gamle' virksomhed; ud over det kendskab han havde til egnen og de her bosatte personer gennem mange års virke.¹³

Forholdet til virksomhedens *agenturgivere* kan være af afgørende betydning for virksomheden, men der ses ingen grund til at behandle dette anderledes end andre henvendelser til de af virksomhedens forretningsforbindelser, som den ansatte har opnået kendskab til gennem ansættelsesforholdet. Det skal dog ikke forklejnes, at virksomheden ofte vil have færre agenturgivere og leverandører end

¹² Uanset at der er en snæver tids- og indholdsmæssig sammenhæng mellem ansættelsesforholdet og henvendelsen til kunderne, behøver forholdet - som følge af de konkrete omstændigheder i dette - ikke være retsstridigt; jfr. U 1968,50 HD - Donatzsky - hvor henvendelsen til kunderne principielt var i orden, men konkret var den retsstridig mht. sit indhold, idet den misrekommanderede den tidligere samarbejdspartner. Se også U 1933,186 Øld, hvor henvendelse til egen kundekreds for at sikre denne efter ophør af et samarbejdsforhold også udbredtes til samarbejdspartnerens kundekreds. Henvendelsen misrekommanderede tillige samarbejdspartneren.

¹³ Dette følges i U 1953,981 Shd - Salgschauffør samt i utrykt Shd i sag H 126/87 afsagt den 17/6 1988 - Vagtselskabet Danmark - hvor den tidligere ansatte frifindes i denne henseende, idet han ikke rettede 'systematisk henvendelse til en væsentlig del af virksomhedens kundekreds.' Se heroverfor U 1960,417 Shd -budcentralerne.

kunder, hvorved føleligheden ved påvirkning af enkelte af disse bliver mærkbart større for virksomheden.¹⁴

Her skal gennemgås nogle domme, hvor samarbejde med agenturgiverne som følge af særegne omstændigheder ikke var retsstridig.¹⁵

Den principielle retsstridighed i forhold til agenturgiverne fremgår tydeligt af en utrykt SØ- og Handelsretsdom af 16. juni 1986 i sag H 524/1985 - Lastbilteknik. Den ansatte J varetog i handelsvirksomheden S kontakten med 3 leverandører og salget af disses produkter. Efter at have fratrådt sit ansættelsesforhold etablerede han egen virksomhed på grundlag af disse 3 leverandører, og samarbejdet mellem disse og virksomheden ophørte herefter. Retten lagde til grund, at J havde indtaget en selvstændig og betroet stilling i virksomheden, og at han umiddelbart efter sin fratræden havde forberedt sit samarbejde med de 3 leverandører. Dette fandtes i forhold til virksomheden at indebære en overtrædelse af mfl. § 1. Retten fandt principielt, at dette burde medføre, at J måtte afstå fra at forhandle leverandørernes produkter, men på dommens tidspunkt - 1 ½ år efter samarbejdsforholdets ophør - fandtes beskyttelsesbehovet ikke at foreligge. Det skal her fremhæves, at der ikke var tale om et retsstridigt forhold til den ene leverandør, idet denne havde stillet som betingelse for samarbejdet med S, at J var ansat i virksomheden.

Også andre omstændigheder kan komme på tale ved retsstridighedsvurderingen.

I dommen refereret i Sht 1953.63 - Den afdødes medhjælper - bestod virksomheden i alt væsentligt af et agentur for en enkelt leverandør. Med

¹⁴ Utrykt Shd af 25/3 - 1985 i sag F 7/84 - Cinat - hvor der blev nedlagt forbud mod at rette henvendelse til 5 af virksomhedens agenturgivere på grundlag af, at den tidligere ansatte - virksomhedens hidtidige adm. direktør - 7. mdr. efter tiltrædelsen hos en konkurrent for denne besøgte en af virksomhedens agenturgivere. Se også U 1963.582 HD - Bilwinco - nævnt i kap. 5.2 og 6.1.2.4.

¹⁵ Omvendt må enhver form for loyalitetspligt ophøre, hvis den ansatte bortvises med urette - jfr. U 1973.688 HD - hvor henvendelse til en agenturgiver - med angivelse af at kunne sælge dennes produkt mere effektivt og i større omfang - ikke kunne begrænse den ansattes ret til erstatning for bortvisningen. Se heroverfor den umiddelbart nedenfor nævnte utrykte Shd i sag H 524/1985 afsagt 16/6-1986 - Lastbilteknik, hvor den ansatte også blev bortvist. Uden at bortvisningen blev diskuteret fandt retten, at det var i strid med den ansattes loyalitetspligt at indlede samarbejde med virksomhedens agenturgivere.

henblik på evt. at overtage virksomheden hjalp L i 3 år dennes indehaver med virksomhedens drift, uden at der i den anledning blev aftalt nærmere om denne bistands karakter og uden at L modtog vederlag herfor. Umiddelbart efter indehaverens død overtog L agenturet i samarbejde med virksomhedens kontordame. Dette fandtes ikke retsstridigt i forhold til indehaveren og dennes bo, uanset at virksomheden herefter reelt intet var værd. Retten fandt, at agenturet måtte være nøje knyttet til indehaverens salgsindsats og derfor måtte bortfalde ved hans død. Herefter var andre berettigede til at optage forhandling med leverandøren om overtagelse af agenturet, og dette fandtes også at gælde L, idet det fremhævedes, at L ikke var forretningsmæssigt knyttet til virksomheden. Om den ansatte kontordames medvirken til at rette henvendelse til virksomhedens kunder, mens hun stadig oppebar løn fra denne, bruger retten ordet 'aggressivt', men finder i øvrigt ikke forholdet retsstridigt, idet det fremhæves, at L i forvejen kendte disse kunder, og at kontordamen ikke var bundet af nogen konkurrenceklausul. Dette er en meget mild vurdering af L, der alene kan antages at bunde i, at forholdet som følge af L's handling manglede konkurrencemæssig betydning; og op ansættelsesforholdets underordnede karakter.

Dette følges op i en utrykt sø- og handelsretsdom af 16. april 1986 i sag KP 6/1984 - Fjernvarmeteknik - hvor direktør J i forbindelse med virksomheden S' konkurs overtog dennes væsentligste agentur. Forholdet fandtes imidlertid ikke retsstridigt, og begrundelsen herfor er interessant. Boet havde aftalt med J, at denne kunne fratræde med dags varsel, hvilket skete for at samarbejde med den pågældende agenturgiver. Retten lagde til grund, at J ikke inden konkursen havde haft planer om at starte for sig selv, at han ikke havde taget noget initiativ overfor agenturgiveren, og at han loyalt havde orienteret kurator - fra starten af forhandlingerne. Dette skal sammenholdes med, at J naturligvis var interesseret i dette agentur, der var lukrativt, og hvor han kunne udnytte sine igennem 13 år oparbejdede erfaringer fra branchen. Det fandtes endvidere ikke bevist, at J havde udnyttet sit kendskab til virksomheden i sit eget firma, idet de væsentligste oplysninger om kundekreds m.v. kunne fås - og konkret blev fået - fra en brancheforening. Sagen må siges at være et grænsetilfælde, idet - som anført af virksomheden - en direktør i sin ansættelse må skulle varetage virksomhedens interesser forud for sine egne - herunder ved under sin ansættelse at arbejde for, at agenturet kunne blive i boet. Det må antages at have været afgørende, at der var tale om en konkurssituation, og at agenturgiver ikke kontraktligt var bundet til virksomheden.¹⁶

¹⁶ Se også U 1972.494 Øld, hvor direkte kontakt mellem kunde og underleverandør ikke var erstatningspådragende, da underleverandøren ikke havde taget initiativet hertil, der ikke var indgået endelig aftale og underleverandøren ikke havde yderligere fortjeneste heraf.

4.2.3. Vurdering

Ud fra gennemgangen kan det konkluderes, at loyalitetspligten indebærer en pligt til at afholde sig fra at tage kontakt til de af virksomhedens kunder, som den ansatte i sit ansættelsesforhold har samarbejdet med på virksomhedens vegne; jfr. kap. 2.4.1. Heri ligger der et *kvalifikationskrav* til samarbejdet, idet kun sådanne ansatte, som har haft et egentligt samarbejde med forretningsforbindelserne eller den eneste reelle kontakt til disse, vil være i stand til at drage nytte heraf ved ansættelse hos en konkurrent og dermed påvirke virksomhedens konkurrenceevne. Dette vil indebære, at der som absolut hovedregel ikke i en evt. erstatningssag vil være tvivl om, at den ansatte er fuldt ud klar over forbindelsen mellem virksomheden og kunden.

Som nævnt ovenfor er der 2 - til dels sammenfaldende - grupper, der skiller sig ud: den systematiske henvendelse til en væsentlig del af virksomhedens kundekreds og den direkte henvendelse til enkelte af virksomhedens forretningsforbindelser. Ved den ansattes etablering af egen virksomhed vil der ofte være tvivl om, hvorvidt han i - den iøvrigt fuldt berettigede - *markedsføring af ydelser* fra sin konkurrerende virksomhed har anvendt sit særlige kendskab til virksomhedens kunder på en måde, der er i strid med loyalitetspligten. Denne tvivl fører til, at det vil være svært i fogedretten - med henblik på nedlæggelse af foreløbigt forbud - med fornøden styrke at bevise, at markedsføringen er retsstridig i forhold til virksomheden.¹⁷ Tillige kan virksomheden alene få nedlagt forbud imod selve det retsstridige forhold og dermed alene mod samarbejde med virksomhedens nærmere opregnede forretningsforbindelser, som den ansatte har haft kontakt med i sin ansættelse.¹⁸ En *direkte henvendelse* til enkelte af virksomhedens forretnings-

¹⁷ I utrykt Shd i sag H 126/87 afsagt 17/6-1988 - Vagtselskabet Danmark - og U 1953.981 Shd - Salgschauffør - blev fogedforbuddene ophævet ved justifikationsdommene. Beviskravene i fogedretten er nu skærpet - jfr. kap. 10.

¹⁸ Se f.eks. U 1980.717 HD - Krøyer - hvor der blev foretaget en konkretisering af, hvilke samarbejdspartnere de ansatte ikke måtte samarbejde med, og utrykt Shd i sag F 7/84 afsagt 25/3-1985 - Cinas, hvor der blev nedlagt forbud mod henvendelse til 5 navngivne 'agenturgi-

forbindelser er som udgangspunkt klart i strid med loyalitetspligten,¹⁹ og den vil lettere kunne begrunde et fogedforbud, men også her vil der kunne være så stor tvivl om retsstridigheden, at fogedforbud må betragtes som tvivlsomt anvendeligt; jfr. kap. 4.2.2.

De begrænsede muligheder for at nedlægge fogedforbud skal sammenholdes med, at virksomheden alene har et ret kortvarigt behov for at beskytte sine forretningsforbindelser; jfr. kap. 14. Virksomheden vil således ved domsafsigelsen ikke længere have behov for at få nedlagt forbud, og virksomheden har herved alene tilbage muligheden for gennem erstatning at få økonomisk kompensation for den ansattes misligholdelse af sin loyalitetspligt.

Misligholdelse af loyalitetspligten og en overtrædelse af mfl. § 1 vil - i disse sager - i sig selv danne ansvarsgrundlag i en erstatningssag, men det vil være særdeles vanskeligt for virksomheden at dokumentere et tab, da forretningsforbindelserne sædvanligvis alene er bundet til virksomheden i en kortere periode. Virksomheden vurderer tabet i lyset af forventningen om en fortjeneste ved fortsat samhandel, hvor retten som udgangspunkt alene tager hensyn til aktuel tabt fortjeneste og evt. omkostninger; jfr. nærmere i kap 8.

vere'. Hvis retsstridigheden begrundes i en salgsingeniørs henvendelse til kunderne m.h.b. på salg af et konkurrerende produkt - jfr. U 1983.105 HD - Slipmiddel - kan forbuddet rettes mod enhver direkte kunde-henvendelse med henblik på salg af produktet.

¹⁹ U 1983.105 HD - Slipmiddel, U 1958.674 Shd - Flash, Utrykt Shd i sag H 524/1985 afsagt 16/6-1986 - Lastbilteknik, utrykt Shd i sag F 7/1984 afsagt 25/3- 1985 - Cinac; jfr. også kap. 3.4.

4.3. Aftaleregulerede forhold

4.3.1. Personlige relationer - sælgeren²⁰

Virksomhederne oparbejder igennem årene et 'kartotek' - et kendskab til mulige aftagere af deres produkter, som sælgerne bruger som udgangspunkt for deres bearbejdelse af markedet. Dette kendskab må antages i et vist omfang at være noget særligt for virksomhederne, som disse kan kræve beskyttelse for: jfr. også mfl. §§ 1 og 9.²¹ På den anden side er det klart, at en virksomhed ikke kan få beskyttelse, hvis dens kundekreds alene er nogle få, alment kendte aftagere, som virksomheden f.eks. har været underleverandør til, og som den ansatte ikke kan antages at have noget personligt 'forhold' til. Ligeledes vil den kundegruppe, som er så stor, at den omfatter alle virksomheder inden for en bestemt branche - f.eks. landbrugsmaskinsektoren - og hvor afsætningen har haft et præg af anonymitet, ikke kunne være beskyttet, idet den ansattes kontakt til kundekredsen ikke har haft det præg af *regelmæssighed* og *bearbejdelse*, der må skulle til, for at han udgør nogen reel trussel for virksomheden.

Det er karakteristisk for denne gruppe sælgere, at de har et vist kendskab til virksomhedernes produkter; uden at disse produkter er så teknisk avancerede, at det kræver særlig uddannelse at kunne vejlede kunden og sælge produktet. For de mere avancerede produkter henvises til gennemgangen i kap. 3.4. Virksomhedernes konkurrenceevne påvirkes således alene af det forhold, at de ansatte har et indgående kendskab til kundekredsen, evt. for virksomhederne har oparbejdet denne, at de har den eneste kontakt til denne og arbejder selvstændigt; uden at kundekredsen dog er helt ukendt for virksomhederne.

²⁰ *Sælgere* er særlig interessante, idet de ofte har den eneste direkte kontakt til virksomhedens aftagere. Se om *tenesteydelser* kap. 4.4. Også personlige relationer til *agenturgivere* kan danne grundlag for en konkurrenceklause, men der vil ofte her være involveret et indgående kendskab til produktet - jfr. f.eks. U 1983.157 HD - Boll og Kirsch samt utrykt Shd i sagerne F 98 og F 517/1981 afsagt 18/4-1983 - Pilvad; begge nævnt i kap. 3.4. Ved *virksomhedsoverdragelse* er kunderelationerne af afgørende betydning; se om goodwill Kobbernagel I s.168ff og U 1971.408 HD om benzinsalg og værksted. Se også Gesner s. 43ff og generelt Palmgren s. 118ff.

²¹ Se f.eks. U 1978.321 HD - Chefkonsulent og U 1981.731 Vld - Slidbanedæk.

Før gennemførelsen af betroelseskravet i 1964 - FUL § 18 - var der adskillige sager, hvor repræsentanter, der solgte mel, margarine og fodtøj, var pålagt konkurrenceklausul. Dette er enkle produkter, hvortil salg ikke kræver det store produktkendskab. Uden nærmere begrundelse blev klausulerne ofte opretholdt, idet sælgerne antoges at kunne påføre virksomhederne afgørende konkurrence; jfr. kap. 12. Efter gennemførelsen af betroelseskravet kan der stadig pålægges virksomhedens sælgere konkurrenceklausuler. Kundekendskabet kan således begrunde opretholdelsen af en konkurrenceklausul, hvor en sælger *vedvarende bearbejder samme område*. Som ex. kan anføres en Østre Landsretsdom fra 1986,²² hvor det udtales: "... (virksomhedens) omsætning i høj grad er afhængig af sælgernes indsats og at disse øver ikke ubetydelig indflydelse på vareudbud og udsalgspriser. Sagsøgtens kendskab hertil navnlig i relation til hans salgsarbejde i det distrikt, hvor han havde kendskab til kunderne og var kendt af disse, giver grundlag for at sagsøgerne har haft rimelig grund til at sikre sig imod, at sagsøgtens viden blev udnyttet af et konkurrerende firma".

Den *selvstændigt arbejdende sælger*, der på egen hånd træffer afgørelser i forbindelse med salget og som ofte har eneste reelle kontakt til kundekredsen, kan også pålægges en konkurrenceklausul.²³ Dette sås således i afgørelsen U 1976.813 Shd - Canada - hvor sælgeren N havde 'Nordamerika' som marked, hvor han varetog salg og opfølgning heraf for virksomheden. En konkurrenceklausul blev opretholdt i 1½ år. Hvis disse momenter ikke er til stede, således at kunderne løbende har

²² Utrykt Østre Landsrets dom af 6/2 1986 - 13. afdeling a.s. 172/1985. Virksomheden beskæftigede sig med engros handel med maler- og tapetvarer.

²³ Jfr. til ex. U 1930.267 HD - Salgsagent, U 1937.322 HD - Salgschauffør, U 1964.533 Shd - Gram, U 1968.911 Shd - Repræsentant, U 1972.449 Øld - Varmetæpper og U 1972.702 HD - Würth. Se også Sø- og Handelsrettens dom af 14. juni 1973 i sag H 74/1972 - Salgschauffør - kaffe.

kontakt med virksomheden, der reelt har kundekontakten og varetager salget, kan en konkurrenceklausul ikke opretholdes - jfr. også vedr. betroelse kap. 12.²⁴

4.3.2. Vurdering

Det kan på grundlag af gennemgangen konkluderes, at vedtagelsen af en konkurrenceklausul kan medføre en afgørende materiel forskel på hhv. virksomhedernes og de ansattes retsstilling. Der er et fælles grundlag for loyalitetspligten og for at acceptere en konkurrenceklausul: den ansattes selvstændige samarbejde med kunderne på virksomhedens vegne, hvorved han opbygger et fagligt og personligt kendskab til disse; jfr. kap. 2.4.1 og 2.4.3. Dette skal dog sammenholdes med, at kontakt til virksomhedens kunder kan skabes på mange måder, der ikke nødvendigvis har direkte forbindelse med det arbejde, den ansatte udfører. Endvidere spiller det forhold ind, at konkurrenceklausuler også begrundes i den ansattes interne kendskab til virksomheden; jfr. også kap. 5.3.2. Med en konkurrenceklausul er det således acceptabelt at aftale, at såvel kontakt til de kunder, som den ansatte bevises at have haft et indgående kendskab til, som kontakt til *samtlige virksomhedens kunder*, vil være retsstridigt.²⁵

Misligholdelse af loyalitetspligten - jfr. kap. 4.2 - indebar en afvejning af, hvorvidt en generel markedsføring var for nærgående i forhold til virksomhedens kunder eller der skulle ske en dokumentation af samarbejde med - eller direkte henvendelse til - enkelte af virksomhedens forretningsforbindelser. Med en konkurrenceklausul kan det aftales, at *enhver form for konkurrerende virksomhed* vil være

²⁴ Jfr. til eksempel afgørelserne U 1977.559 Shd - NTAS og U 1983.588 Shd - GULD. Se også lov om handelsagenter § 30.

²⁵ Jfr. Carlsen s. 369f og U 1929.684 HD, U 1988.1061 HD. Der må dog ske en begrænsning til kun at omfatte sådanne kunder, som den ansatte - inden for den seneste tid (1 - 2 år) overhovedet har haft mulighed for at komme i kontakt med - jfr. U 1968.911 Shd og U 1973.319 HD - Speditør. Se U 1926.469 Øld - Købmand - om en geografisk begrænsning, hvor misligholdelse vil foreligge, hvis den forpligtedes handling reelt indebærer 'salg' i området. Se dog også U 1935.786 Vld - Nykøbing Mors - om påvirkning af kunder på deres vej fra og til området. Se om geografisk begrænsning generelt - kap. 16.

retsstridig, uden at det skal bevises, at den ansatte herved har kontakt med virksomhedens kunder.²⁶ Herved afskæres den ansatte fra enhver mulighed for kontakt med virksomhedens kunder.

Det skal her erindres, at konkurrenceklausuler er personlige forpligtelser, hvor den konkrete klausul danner grundlag for vurderingen af forpligtelsen.²⁷ Andre personers etablering af konkurrerende virksomhed og kontakt til en virksomheds kunder og agenturgivere m.v. kan herudfra principielt ikke forbydes, men det er klart, at der inden for klausulens ordlyd må kunne indfortolkes en pligt til ikke at være økonomisk interesseret i den konkurrerende virksomhed og til ikke at bistå denne med råd eller dåd. Uanset at enhver misligholdelse af en konkurrenceklausul skal bevises af den berettigede, vil det i en konkret sag, hvor den forpligtedes økonomiske interesser ud fra en 'normal vurdering' vil falde sammen med den nye konkurrents, stille skrappe krav til den forpligtede at sandsynliggøre, såvel *at* den nye konkurrent faktisk er kvalificeret til alene at etablere og drive den konkurrerende virksomhed som *at* den forpligtede rent faktisk har afholdt sig fra at bistå ved etableringen og driften.²⁸

²⁶ Jfr. ovennævnte Øld af 6/2 - 1986 13. afd. a.s. 172/1985 - Tapetvarer. Anvendelsen af den ansattes erfaring til at sælge et ikke-koncurrerende produkt i kundekredsen kan ikke påvirke virksomhedens markedsposition - jfr. dog U 1967.933 Vlk - Flygt pumper, hvor den ansattes nye arbejdsgiver tillige i et beskedent omfang markedsførte et konkurrerende produkt; konkurrenceklausulen ansås for misligholdt herved. Se også Utrykt Shd af 1/6 -1988 i sag H 162/87 - Dan Bouquet - hvor ansættelse i et 'søster'selskab til konkurrenten medførte "en så nærliggende mulighed for overtrædelse af den aftalte konkurrenceklausul, at ansættelsen må anses for uforenelig med klausulen."

²⁷ Se f.eks. Shd af 13/3 - 1979 i sag H 39/78 - I/S Revision - hvor den forpligtede udførte arbejde for en af konkurrenceklausulen omfattet kunde. Den forpligtedes 'udtrædelsesgodtgørelse' beregnedes på grundlag af revisionsfirmaets omsætning og afhang således af, at kunderelationerne bevaredes. Da den konkrete kunderelation var afbrudt alene pga. revisionsfirmaets forhold, betragtedes forholdet ikke som en misligholdelse af konkurrenceklausulen.

²⁸ Se herom Ussing Alm. del 4. udg. s. 448f, Palmgren s. 194ff, Gomard - Erstatningsregler s. 143ff og U 1968.685 Øld - Depot, U 1981.506 Shd - Damstahl og utrykt Shd af 12/5 - 89 i sag F 18/1988, hvor en datters overtagelse af agenturet ikke var en krænkelse af konkurrenceklausulen, idet datteren var fuldt fagligt kvalificeret og økonomisk uafhængig af den forpligtede (hendes far), der efter klausulperiodens udløb blev ansat af datteren. Se endvidere U 1985.600 HD - Renseri, U 1933.1065 HD og U 1932.269 HD - Hotelporcelæn, hvor udleje af

Således begrænset til de forpligtelser, der kan fortolkes inden for konkurrenceklausulens ordlyd, kan der nedlægges *forbud mod selve ansættelsen* i - eller etableringen af - den konkurrerende virksomhed, hvor det uden konkurrenceklausul alene var selve kundekredsen, der blev beskyttet. Endvidere vil mulighederne for at få nedlagt foreløbigt forbud ved fogedretten være betydeligt forøgede, når retsstridigheden kan dokumenteres alene ved, at konkurrenceklausulen er misligholdt. Det er betydeligt enklere at bevise retsstridigheden på grundlag af selve dette, at den ansatte har etableret konkurrerende virksomhed eller har taget ansættelse i en sådan; end kontakt med og misbrug af kendskab til virksomhedens enkelte kunder.

Det skal imidlertid fremhæves, at fogedforbud ikke anvendes i samme omfang som i kap. 3.4. Flere forhold spiller ind. I flere domme var det tvivlsomt, hvorvidt den ansatte opfyldte *kravene til betroelse*; jfr. kap. 12.²⁹ Med den nuværende retspraksis vil den selvstændigt arbejdende sælger, der har et fagligt og personligt kendskab til kunden, dog uden tvivl opfylde kravene hertil. Der vil ligeledes ofte være involveret enten lederfunktioner eller et indgående produktkendskab,³⁰ således at stillingen uden tvivl vil være 'særlig betroet'. En evt. aftale om *konventionalbod* vil ofte bevirke, at virksomheden indskrænker sig til at kræve denne betalt. Et fogedforbud kunne dog også i denne situation sikre virksomheden kontakten til forretningsforbindelserne, hvor en konventionalbod ikke har denne effekt, når krænkelsen er sket. Den manglende anvendelse af fogedforbud skyldes vel en erkendelse af, at når krænkelse er sket, vil nedlæggelse af forbud ikke tilbageføre den kunde eller forretningsforbindelse, der én gang har valgt virksom-

lokaler - og bistand til - konkurrerende virksomhed blev betragtet som misligholdelse. Se også kap. 2.3.3.

²⁹ Utrykt Shd i sag H 1974/1972 afsagt 14/6-1973 - Salgschauffør kaffe, U 1972.449 Øld - Varmetæpper, utrykt Øld af 6/2-1986 13. afd a.s. 172/1985 - Tapetvarer.

³⁰ Se hhv. U 1978.321 HD - Chefkonsulent, U 1981.731 Vld - Slidbanedæk og U 1983.157 HD - Boll og Kirsch; nævnt i kap. 3.4.

heden fra. Forbud vil i denne situation have størst interesse i relation til at hindre den ansatte i at tage kontakt til andre af virksomhedens kunder. Et krav om bod er tillige ofte lettere gennemførligt og vil i visse tilfælde give virksomheden mere end fuld kompensation for den skete skade; jfr. kap. 9.³¹

I praksis vil enhver misligholdelse af konkurrenceklausulen danne ansvarsgrundlag i en erstatningssag, ligesom en konventionalbod vil være forfalden,³² idet den forpligtede vanskeligt kan bevise, at han ikke har handlet uagtsomt m.h.t., at han rettede henvendelse til virksomhedens kunder; jfr. kap. 1.2.

Det kan således konkluderes, at uanset at udgangspunktet for beskyttelsen er sammenfaldende med og uden konkurrenceklausul, så får virksomheden med en konkurrenceklausul - alt efter dennes indhold - flere strenge at spille på; i særdeleshed de øgede muligheder for at få nedlagt fogedforbud og rette dette mod selve den konkurrerende virksomhed; og muligheden for at aftale en konventionalbod. Også her gælder det forhold, at hvis en konkurrenceklausul begrænses til f.eks. virksomhedens kunderelationer, vil den lettere blive opretholdt; jfr. kap. 2.3.5 og nedenfor kap. 4.4 vedr. revisorer.

³¹ Dette ses tydeligt i dommene vedr. revisorer, U 1970.576 Øld, Utrykt Øld af 4/5-1977 i 4. afd. a.s. nr. 163/1976, U 1984.813 B, U 1988.1061 HD, hvor der ikke var begæret nedlagt fogedforbud, uanset muligheden herfor klart var tilstede. Se herover for U 1948.975 Øld. Se vedr. revisorer nærmere i kap. 4.4.

³² Se U 1929.684 HD - Skibsmægler, U 1930.267 HD - Salgsagent, U 1964.533 Shd - Gram, U 1972.449 Øld - Varmetæpper, U 1976.813 Shd - Canada. Ukvalificeret krænkelse af en konkurrenceklausul kan få virkning for erstatningsudmålingen og for mulighederne for at lempe en konventionalbod - jfr. utrykt Shd i sag F 172/1983 af 6/3 - 1985 - Ejendomsmæglerassistent og nærmere i kap. 9.

4.4. Særligt om ansatte revisorers konkurrenceklausul

4.4.1. Konkurrenceklausulen

Ved ansættelse af medarbejdere i et revisionsfirma er det et sædvanligt led i ansættelsesaftalen,³³ at medarbejderne påtager sig en klausul, hvorefter de i 2 år efter ansættelsesforholdets ophør afskæres fra at have kontakt med revisionsfirmaets kunder. En sådan klausul er optaget i F.S.R's standardkontrakt, og den lyder således:

"I et tidsrum af to år fra sin fratræden forpligter medarbejderen sig til ikke under nogen form hverken direkte eller indirekte

- at påtage sig revisionsarbejde, regnskabsmæssig bistand, konsulentvirksomhed eller lignende for nogen, der er eller har været klient hos arbejdsgiveren inden for de sidste to år før fratrædelsen,
- at være økonomisk eller på anden måde interesseret i noget revisionsfirma, der udfører revisionsarbejde, regnskabsmæssig bistand, konsulentvirksomhed eller lignende for de ovenfor nævnte klienter eller være tilknyttet eller ansat i det kontor, der udfører sådant arbejde,
- at anbefale eller henvise de ovenfor nævnte klienter til en revisor eller et revisionsfirma som er økonomisk (f.eks. gennem aktiebesiddelse, fællesaktionærer eller lignende) eller på anden måde tilknyttet den revisionsvirksomhed, hvor medarbejderen bliver ansat, tilknyttet eller som han bliver medejer af."

Det skal belyses, hvilken rækkevidde klausulen traditionelt har i retspraksis, hvilke konsekvenser den har for ansatte revisorers muligheder for at tage anden an-

³³ Hvis klausulen påtages i elevtiden, hvor den forpligtede enten er umyndig eller ikke indtager en 'særlig betroet stilling', må det kræves, at klausulen enten senere anerkendes af den ansatte eller at kontrakten har dannet grundlag for drøftelserne ved senere avancementer; jfr. U 1974.294 HD - Sauer - og Carlsen s. 83f, s. 369 med note 61 og s. 373 og Palmgren s.111ff.

sættelse, og om klausulen - helt eller delvist - kan siges at være en rimelig varetagelse af arbejdsgivernes interesser.³⁴

4.4.2. Retspraksis

Det er kun om klausulens 1. led, der foreligger retspraksis. Dette hænger sammen med, at dette led af klausulen - med enkelte tekstmæssige ændringer - i mange år har udgjort hele konkurrenceklausulen i standardkontrakten. Klausulen blev ændret sidst i 1982 - jfr. FSR nyt nr. 9/1982 - og her blev klausulens 2. og 3. led introduceret, jfr. herom nedenfor.

Efter retspraksis er klausulen - dvs. dens 1. led - ikke omfattet af aftalelovens § 38 og funktionærlovens § 18. Dette hænger sammen med, at klausulen hverken afskærer den ansatte fra at tage anden ansættelse eller fra at etablere sig som selvstændig. Der påhviler alene den ansatte en forpligtelse til ikke at udføre arbejde for de klienter, som arbejdsgiveren har haft inden for de sidste 2 år. Dette fører til, at klausulen opretholdes uden hensyntagen til, om der er betalt vederlag for påtagelsen af denne - jfr. FUL § 18 - og uanset, at den ansatte bliver afskediget uden at have givet rimelig anledning hertil - jfr. afl. § 38.³⁵

Det må endvidere antages, at det ikke er afgørende for forpligtelsens opretholdelse, at det drejer sig om klienter, som medarbejderen har beskæftiget sig med under sin ansættelse. Dette hænger sammen med, at det kan være tilfældigt, om kontakten mellem klient og medarbejder er blevet skabt ved egentligt samarbejde

³⁴ Der kan henvises til Povlsen i Advokatbladet 1978 nr. 24 s. 365 ff, Raaschou i Revisorbladet 1985 nr. 6 s. 28 ff og Lund i R og R nr. 3/89 s. 28ff.

³⁵ Dette resultat fremgår af U 1988.1061 HD og af U 1948.975 Øld, U 1970.576 ØLD, U 1979.212 VLD og U 1983.157 HD - dommene angår ikke udelukkende anliggender for revisionsfirmaer; jfr. også kap. 2.3.5.

eller på anden måde igennem ansættelsesforholdet.³⁶ Omvendt finder klausulens 1. led efter sin ordlyd sandsynligvis ikke anvendelse, hvis klienten alene skifter til dét kontor, hvor medarbejderen er blevet ansat, blot denne ikke udfører arbejde for ham.³⁷

4.4.3. Konsekvenser af klausulen - mulighederne for at tage anden ansættelse

4.4.3.1. Klausulens 1. led

Som netop nævnt medfører dette led ingen indskrænkninger i adgangen til at tage anden ansættelse eller i at etablere egen revisionsvirksomhed. Den afskærer heller ikke den ansatte fra at tage ansættelse hos en klient, så længe der er tale om et reelt ansættelsesforhold.³⁸

4.4.3.2. Klausulens 2. led

Nøgleordene er her 'at være økonomisk eller på anden måde interesseret i noget revisionsfirma'. Endvidere forpligter den ansatte sig til ikke at '... være tilknyttet eller ansat i det kontor, der udfører sådant arbejde'. Forpligtelsen omfatter herefter også økonomisk interesse forbundet med udførelsen af arbejde for arbejdsgiverens klienter. Forpligtelsen til ikke 'at være økonomisk ... interesseret i noget revisionsfirma ...' må således efter sin ordlyd have som konsekvens, at optagelse af et konkurrerende revisionsfirma's medarbejder som ny partner i et revisionsfirma, afskærer dette fra at overtage klienter fra det revisionsfirma, hvor

³⁶ Jfr. kap. 4.3.1. Der vil være en uafrystelig formodning for kendskab fra det tidligere ansættelsesforhold, hvis klienten skifter revisor i umiddelbar sammenhæng med den ansattes jobskifte. Det er kendskabet til arbejdsgiverens klientmasse og arbejdsgiverens virksomhed, der kan begrunde beskyttelse i forhold til de af arbejdsgiverens klienter, som den ansatte ikke har haft kontakt med.

³⁷ Jfr. U 1984.813 B - Herning ret. Se herimod FSR responsum, udarbejdet til brug for sagen, hvor det antages, at klausulens 1. led (2. og 3. led var da ikke indsat i kontrakten) omfattede den situation, hvor klienten inden for 2 års perioden flytter til medarbejdernes nye arbejdsgiver uden i den periode at blive betjent af medarbejderen.

³⁸ Jfr. dom fra Østre Landsret af 4. maj 1977 - 4. afd. a.s. nr. 163/1976 - dette resultat blev antaget i et responsum udarbejdet af FSR til brug for denne afgørelse

den nye partner hidtil har været ansat. Denne forpligtelse må vedvare i 2 år efter optagelsen, uanset hvor i landet optagelsen fysisk finder sted; jfr. forskellen i ordvalget mellem '...interesseret i noget revisionsfirma, ...' og '... det kontor, der udfører ...'.³⁹

Klausulen har fået denne udformning for at *begrænse rækkevidden* af klausulens 1. led. Det var FSR's opfattelse, at klausulens 1. led hindrede, at en medarbejder i et landsdækkende revisionsfirma skiftede ansættelse fra en afdeling f.eks. i Århus til et andet revisionsfirmas afdeling i København - jfr. henvisningen til '... det kontor, der udfører sådant arbejde'.⁴⁰

Det opnåede mål må siges at modsvare intentionerne - medarbejderne kan tage *ansættelse* i et revisionsfirma i en anden del af landet. Som delresultat har man dog også opnået at cementere strukturen i revisorerhvervet inden for de enkelte revisionskontorers aktionsradius. Klausulens 1. led - hvorefter alle arbejdsgiverens klienter er beskyttet - sammenholdt med dens 2. led - hvor medarbejderen afskæres fra at være tilknyttet eller ansat i et kontor, der udfører sådant arbejde for den tidligere arbejdsgivers klienter - betyder, at en overtagelse af blot én klient fra medarbejderens tidligere arbejdsgiver vil være en krænkelse af medarbejderens forpligtelse. For revisionsfirmaer med stor lokal markedsandel vil en anvendelse af klausulens 2. led bevirke, at en overgang af ansatte mellem kontorer i samme område vil være umulig uden aftale i den enkelte situation.⁴¹

³⁹ Hvis 2. led af klausulen skulle vurderes ud fra aftl. § 38, ville der blive foretaget en geografisk begrænsning, således at klausulen kun omfattede sådanne klienter, som den ansatte inden for de sidste 1 - 2 år har haft mulighed for at have kontakt med - jfr. kap. 4.3.2 og kap. 16.

⁴⁰ Jfr. FSR - responsum gengivet i U 1984.813 B. Denne vurdering af rækkevidden af klausulens 1. led må - jfr. kap. 4.4.2 - betragtes som tvivlsom.

⁴¹ Jfr. FSR responsum gengivet i U 1984.813B - denne konsekvens er sandsynligvis tilsigtet.

4.4.3.3. Klausulens 3. led

Dette led må antages at være en uddybning af 2. ledes ord '... på anden måde interesseret ...' og det afgørende er her ordene '... anbefale eller henvise ...'. De er helt centrale, idet de modsvarer det tillidsforhold, den tidligere medarbejder har oparbejdet i forhold til klienten. Der tænkes herved på sådanne forhold, hvor den tidligere medarbejder henviser klienten til en samarbejdspartner, hvis firma medarbejderen ikke har nogen direkte økonomisk interesse i.

4.4.4. Klausulen som en rimelig varetagelse af revisionsfirmaernes interesser

Revisionsfirmaerne forsøger igennem konkurrenceklausulen at beskytte de klientrelationer, som indehaverne og deres medarbejdere har oparbejdet, imod den ekstraordinære konkurrence, som tidligere medarbejdere kan påføre revisionsfirmaerne på grund af deres tætte kontakt til klienterne.

1. led af klausulen opfattes efter retspraksis som en rimelig varetagelse af arbejdsgiverens interesse i at sikre sig imod samarbejde mellem tidligere klienter og tidligere ansatte. Det lyder også rimeligt, at medarbejderne ikke skal kunne misbruge den tillid, der nødvendigvis må være i ansættelsesforholdet, til at skabe deres egen virksomhed inden for rammerne af arbejdsgiverens virksomhed; jfr. kap. 4.2 og 4.3. Spørgsmålet er imidlertid, hvor megen realitet der er i at betragte medarbejderne i et revisionsfirma som en konkurrencefaktor, og om klausulen er et rimeligt middel til at beskytte klientrelationerne.

4.4.4.1. Medarbejderne som konkurrencefaktor

Udførelsen af arbejdet for klienten vil sædvanligvis foregå i et samarbejde mellem en indehaver og et antal medarbejdere, hvor indehaveren, afhængig af klientens betydning og revisionsfirmaets størrelse, vil have større eller mindre kontakt med klienten.

Den situation, hvor en medarbejder har mulighed for at tage klienterne med ved en fratræden, opstår særlig, hvor medarbejderen reelt har den eneste kontakt til klienten, uanset han evt. rådfører sig med en indehaver om klientens forhold.⁴² Der vil typisk være tale om mindre klienter, til eksempel en mindre erhvervsvirksomhed, som medarbejderen måske endda selv har hentet ind til firmaet; uden at der er aftalt noget i den anledning om klientens tilhørsforhold.

Hvis det er en dygtig medarbejder, til eksempel en ansat statsautoriseret revisor, vil denne ansatte p.g.a. den tætte og personlige kontakt have mulighed for at tage klienter med sig ved fratræden; og i et mindre revisionsfirma vil dette være økonomisk mærkbart. Herimod må det anføres, at klienterne ofte har valgt revisor efter indehaverne, og fratræden af en medarbejder - uanset at han i årenes løb har videreuddannet sig - vil ikke alene ændre klientens tilhørsforhold.

Det må således være afgørende, om den kontakt, der er mellem klienter af en vis betydning og indehaverne, er tilstrækkelig til at bevare klienterne i revisionsfirmaet. Ellers er det aktuelt med en konkurrenceklausul. Det er dog klart, at en klient, der ikke ønsker, at revisionsfirmaet skal varetage hans anliggender, har mange andre valgmuligheder end blot den tidligere medarbejder. Hvis revisionsfirmaet ikke kan bevare en klient, når en dygtig medarbejder fratræder, så gør en konkurrenceklausul ingen nødvendig forskel heri.⁴³

⁴² For sådanne ansatte, der vurderet på deres erfaringsgrundlag er på niveau med deres arbejdsgiver og derfor har 'egne' kunder, er der et tilsvarende problem, idet en ydelse, som kunden værdsætter, fordi den er leveret af netop denne medarbejder, ikke let lader sig substituere af en anden medarbejder. Her har den ansatte særlig gode muligheder for 'at tage kunderne med sig'. Se for advokater - Kobbernagel I s. 201ff. Indehavernes udførelse af en faglig back-up funktion i revisionsfirmaets interne organisation vil sædvanligvis ikke være synlig for klienten.

⁴³ Med en konkurrenceklausul kan kundekredsen bevares i forholdet til den tidligere medarbejder. Det kan imidlertid være vanskeligt i et mindre firma at erstatte en dygtig medarbejder så hurtigt, at klienterne ikke begynder at søge til andre revisionsfirmaer

4.4.4.2. Klausulen som et rimeligt middel til at afskære ansattes konkurrence

Som nævnt er klausulens 1. led en beskyttelse imod det direkte samarbejde mellem tidligere ansatte og revisionsfirmaets klienter. Dette kan være berettiget, hvis det drejer sig om en dygtig medarbejder, der har uddannet sig i firmaet. Arbejdsgiveren har skabt klientrelationen, og medarbejderen er gradvist indtrådt i denne.^{44 45}

Klausulens led nr. 2 og 3 har - som ovenfor anført - den konsekvens, at enten stavnsbindes klienterne eller også medarbejderne. Da klienterne har mulighed for at vælge anden revisor, og revisionsfirmaerne ikke ønsker at afskære sig fra i 2 år at udføre arbejde for en stor del af de mulige klienter, bliver realiteten den, at medarbejderne er afskåret fra at tage anden ansættelse inden for det område, hvor deres arbejdsgiver har klienter.

Endvidere hindrer det optagelse af medarbejdere fra revisionsfirmaer med stor markedsandel som indehavere i et blot rimeligt stort revisionsfirma. Herved antager klausulen karakter af en konkurrencefordrejning, der nok har det rimelige sigte, at medarbejderen ikke bruger sit kendskab til klienterne til fordel for sit nye firma, men som reelt hindrer en medarbejder i at tage anden ansættelse, hvis han ikke vil flytte fra området, eller i at lade sig optage som indehaver i et attraktivt - stort - firma. Dette fastlåser medarbejderne i de store revisionsfirmaer i et forsøg på at bevare de oparbejdede klientrelationer.

⁴⁴ I længden er det uholdbart, at indehaverne får det økonomiske udbytte af de medarbejders indsats, som er på deres eget niveau. Klausulen antager her karakter af økonomisk pression ved vilkårsforhandlinger om optagelse som indehaver.

⁴⁵ I et mindre firma kan en konkurrenceklausul være af stor økonomisk betydning, men det er dog spørgsmålet, om det ikke ville være mere relevant med en konkurrenceklausul med områdebeskyttelse, så selve etableringen af en konkurrent afskæres. Herved afskæres endvidere det vanskelige bevis for, at den tidligere ansatte udfører arbejde for de klienter, der har valgt at lade deres arbejde udføre af den ansattes nye arbejdsgiver - jfr. U 1984.813 B og Raaschou i Revisorbladet 1985 nr. 6 s. 28. Se også Lund i R og R nr. 3/89 s. 28ff(31f).

Sigtet - at en medarbejder ikke misbruger sit kendskab til klienterne til at opbygge egen revisionsvirksomhed inden for rammerne af arbejdsgiverens firma - kan ikke retfærdiggøre klausulens 3. led, hvor der ikke er nogen direkte økonomisk interesse. Hvis revisionsvirksomheden ikke kan fastholde klienten, uanset at det ikke er den tidligere medarbejder, der skal betjene ham, så har det intet formål at afskære en revisionsvirksomhed, som den tidligere medarbejder måtte være i gruppe med, fra at overtage klienten - i en situation hvor ethvert andet revisionsfirma kan overtage klienten.⁴⁶

Ved at indføre 2. og 3. led i ansatte revisorers konkurrenceklausul må klausulen på grund af den i 2. og 3. led liggende konkurrencebegrænsning således anses for at være omfattet af såvel aftalelovens § 38 som funktionærlovens § 18.⁴⁷

⁴⁶ Det kan ikke udelukkes, at det kan være nødvendigt at afskære den forpligtedes adgang til at udføre indirekte konkurrerende virksomhed i form af anbefalinger eller henvisninger - for herved at undgå omgåelse af klausulen. Det skal dog præciseres, at man herved udvider den ansattes forpligtelser - specielt når 3. led ses sammen med 2. led.

⁴⁷ Jfr. Lund i R og R nr. 3/89 s. 28ff

KAPITEL 5. INTERNT KENDSKAB

5.1. Misbrug af specifik viden¹

Forud for kontraktsforholdets etablering vil der være forskellige kontakter, hvor samarbejdets tekniske, kommercielle og juridiske muligheder undersøges. Den potentielle samarbejdspartner kan under dette forløb fristes til at 'gribe ideen' og selv starte den produktion op, som skulle være foregået i samarbejde med virksomheden.²

Hvis samarbejdspartneren ikke selv udnytter ideen, og det således ikke kan siges at være det direkte kontraktsforhold, der kan danne grundlag for en tillidsvurdering, kan forholdet trods dette være retsstridigt i forhold til virksomheden.

Dette fandtes at være tilfældet i U 1978.305 Shd - Plantefibertablet - hvor K rettede henvendelse til H for at få hans assistance ved produktion og markedsføring af en af K udviklet plantefibertablet. Efter at forhandlingerne om et samarbejde var endt resultatløst, rettede H henvendelse til Dumex - medicinalfirma - om at fremstille en tilsvarende tablet, men Dumex, der selv havde overvejet dette, var ikke interesseret i et samarbejde med H. Dumex tog i stedet deres da henlagte projekt frem igen og fremstillede selv en tablet. Efter afbrydelsen af forhandlingerne fortsatte K selv med sine produktionsplaner, men Dumex bragte deres tablet på markedet, førend K var rede hertil. Retten fandt, at H havde en særlig pligt til tavshed i en situation, hvor han - med henblik på assistance ved markedsføring - fik oplysninger om et produkt. Herefter fandt retten, at i en situation, hvor H meget kort efter bruddet rettede henvendelse til en konkurrent - Dumex - til K, havde H bevisbyrden for, at han ikke havde meddelt Dumex oplysninger om fremstilling af pillen og markedsføringstempoet for denne. Denne bevisbyrde

¹ Markedsret s. 227ff og 238ff. Konkurrenceret s. 256f. Virksomhedernes konkurrenceevne består ofte af en bred samling af information, produkter, kundekendskab mv., hvor selve overblikket herover kan være af værdi for konkurrenterne, idet en virksomheds stærke og svage sider herved blottægges. Jfr. den tilsvarende diskussion om offentliggørelse af monopoltilsynets brancheundersøgelser i forhold til udlandet; se herom bet. 1075/1986 s. 234.

² Koftvedgaard s. 292, Greve s. 108ff og Licensaftalen s. 24f og 100ff, jfr. kap. 3.2.3 og 3.2.4 med bl.a. U 1979.588 Shd - Silva 35'. Fænomenet er velkendt - f.eks. i form af forhandlinger om køb - eller finansiering af en virksomhed; det kan også have industrispionagens kendetegn.

kunne H ikke løfte, og hans handling fandtes at være i strid med mfl. §§ 9 og 1.

Der vil i disse situationer, hvor der meddeles oplysninger om, at et produkt eksisterer, indholdet af dette og markedsføringstidspunktet, være en glidende overgang til forhold, der er omfattet af mfl. § 9, stk. 3.³

5.2. Medvirken til kontraktbrud⁴

I dette afsnit behandles forskellige eksempler på retsstridige handlinger og konkurrenceskade, der kan betegnes som 'medvirken til kontraktbrud'. En udenforstående konkurrent påvirker ansatte i virksomheden til at foretage handlinger eller meddele oplysninger, hvorved konkurrenten opnår en konkurrencemæssig fordel. Ud fra almindelige regler kan der ifaldes erstatningsansvar for retsstridige handlinger, der medfører skade;⁵ og enhver form for medvirken kan ligeledes medføre erstatningsansvar, hvis den medvirkende honorerer den relevante ansvarsnorm.⁶

I afgørelsen U 1963.582 HD - Bilwinco blev det antaget, at Ingeniør B efter sin fratræden havde misbrugt sit kendskab til virksomheden S' maskiner, men retten veg tilbage fra at forbyde den konkurrerende produktion - om dette forhold henvises til kap. 6. I sagen blev B pålagt erstatningsansvar for

³ Koktvedgaard s. 296 f

⁴ Hemmelighed s. 22ff og s. 37ff - det største problem ligger i konkurrentens udnyttelse af det materiale, som tilvejebringes fra virksomheden. Forholdet kan således antage karakter af efterfølgende udnyttelse af det retsstridige forhold - jfr. mfl. § 9, stk. 4. Greve s. 114 og 120. Markedsret s. 190, 223 og 235. Bruun i NIR 1988 s. 79f. Ussing alm. del. 4. udgave s. 448f, Vinding Kruse - Erstatningsret 5. udgave s. 307ff, Koktvedgaard Patentlov 1979 s. 288, Bernitz i Festskrift til Lars Welamson 1987 s. 43 ff og SOU 1983:52 s. 21, 327ff og 392ff.

⁵ Som eksempler på konkurrenceskade *uden* forudgående kontraktsforhold kan nævnes 3 domme, hvor personer var blevet kendt p.g.a. et valgt, karakteristisk ydre. I U 1965.126 HD - Cirkus Buster - U 1965 B.227 - og i U 1974.952 Øld blev der tilkendt erstatning ud fra almindelige retsgrundsætninger; i U 1986.272 Shd - Rød alpehue - citeres mfl. § 1 sideløbende med almindelige retsgrundsætninger.

⁶ Om medvirken til konkurrenceskade - se f.eks. U 1982.4 HD og U 1985.839 Shd - Søren Jacobsen, samt U 1984.1122 Shd - Arnoldi.

medvirken til en illoyal handling, idet B havde fået en anden af S' medarbejdere W til at misrekommandere S i forhold til en engelsk kunde og til at anbefale B overfor samme, hvorved kunden var gået over til B. Tidsinteressen spiller en afgørende rolle for erstatningsansvaret, idet kun B's kendskab til S' maskine havde sat ham i stand til så hurtigt at komme ind på det engelske marked med sin maskine på bekostning af S.

Endvidere kan anføres U 1974.463 HD - Blomin - hvor produktet ikke ansås for beskyttet, og markedsføringen ikke var retsstridig i forhold til virksomheden, jfr. kap. 3. Imidlertid ansås konkurrenten for erstatningsansvarlig, idet han ved henvendelse til 2 ansatte i virksomheden havde fået dem til at meddele oplysninger om produktet og markedsføringen af dette, der gjorde det muligt hurtigere at markedsføre et eget, konkurrerende produkt.

De netop nævnte afgørelser behandler primært misbrug af specifik viden om en virksomhed, opnået ved påvirkning af ansatte i virksomheden; medvirken til de ansattes kontraktbrud. Det kan være vanskeligt yderligere at kontraktregulere disse forhold; bl.a. p.g.a. deres forskellighed og lidet forudberegnelige karakter. Visse forhold lader sig dog regulere, f.eks. kan kontraktforhandlinger indledes med en aftale om ikke at anvende eller røbe, hvad parterne hver især måtte blive bekendt med om hinandens produktion m.v. Værdien af denne klausul er imidlertid tvivlsom, idet beviset for en krænkelse kan være meget vanskeligt at føre; især f.eks. hvis den berørte viden kan anvendes i en intern produktionsproces.⁷

I de nævnte domme - U 1963.582 HD og U 1974.463 HD - fandtes forholdet retsstridigt, og det dannede i sig selv grundlag for erstatningsansvar. De subjektive forhold var ganske klare, idet den udenforstående konkurrent fuldt ud havde kendskab til, at det var den konkrete virksomheds viden, der blev påvirket. Det skal dog præciseres, at der som betingelse for retsstridigheden altid må stilles krav om, at forholdet kan tilregnes konkurrenten, således at han véd eller bør være klar over, at det er et beskyttelsesværdigt forhold; at der sker brud på en loya-

⁷ Se herom Marksedsret s. 227, Licensaftalen s. 100ff og nedenfor i kap. 6.

litetspligt, et tillidsforhold eller en tavshedspligt, og at virksomhedens beskyttede forhold herved prisgives.⁸

Det er vanskeligt i disse tilfælde at nedlægge forbud, idet det retsstridige forhold enten ikke vedrører et konkret produkt som sådant, eller produktet ikke er et resultat af krænkelse af noget specifikt forhold. Dette kan f.eks. ses i U 1963,582 HD - Bilwinco - hvor den tidligere ansatte B's kendskab til S' maskine ikke havde givet sig noget klart udtryk i fremstillingen af B's maskine. Der kunne evt. være nedlagt forbud mod B's henvendelse til S' kunder, men i dommen var det kunden selv, der havde henvendt sig til B. Ligeledes kan anføres U 1974,463 HD - Blomin - hvor Sø- og Handelsretten anfører - i en situation hvor enhver efter analyse kunne fremstille produktet - at med et forbud ville: "...konkurrenten blive stillet ringere end alle andre..." Endelig kan anføres U 1978,305 Shd - Plantefibertablet - hvor Dumex havde ethvert nødvendigt kendskab til fremstilling af produktet. Processen blev blot fremskyndet af H's oplysninger om, at K ville fremstille et tilsvarende produkt; jfr. kap. 10.

⁸ Dette sås i de ovennævnte afgørelser U 1982.4 HD og U 1985.839 Shd - Søren Jacobsen - og i den frifindende afgørelse U 1984.1122 Shd - Arnoldi, hvor der selvstændigt tages stilling til konkurrentens kendskab til forpligtelsen.

5.3. Aftaleregulerede forhold⁹

5.3.1. Indledning¹⁰

En virksomheds ansatte kan have et bredt og indgående kendskab til virksomheden enten ud fra en konkret vurdering af den enkelte ansattes faktiske *kendskab til virksomhedens forhold*, jfr. kap. 5.3.2., eller ud fra en vurdering af *den ansattes særlige stilling*, jfr. kap. 5.3.3; uden at noget særligt, specifikt punkt kan angives som dét, hvor den ansatte kan påvirke virksomheden. Sådanne ansættelsesforhold kan kun vanskeligt uden konkurrenceklausul begrunde, at den ansattes konkurrerende virksomhed betragtes som retsstridig, da ansættelsesforholdene netop er karakteriserede ved, at der ikke er noget specifikt punkt, hvor virksomhedens konkurrenceevne påvirkes.¹¹

Det problematiske er, at virksomhederne i disse situationer reelt kun kan sikres - p.g.a. det beskyttedes ubestemte karakter - ved et egl. konkurrenceforbud baseret på markedsføringsloven, men dette strider netop mod den klare forudsætning i loven om fri adgang til konkurrence og mod karakteren af den beskyttelse,

⁹ I flere sager har det været et tvistepunkt, hvorvidt det i sig selv er ansvarspådragende at påstå en vis retsposition - f.eks. med grundlag i en konkurrenceklausul eller at man har rettigheder til et givet produkt - uagtet at disse rettigheders eksistens er tvivlsom. Som udgangspunkt kan dette ikke være ansvarspådragende, hvis der blot er rimelig tvivl om, hvilke rettigheder den enkelte kan gøre gældende - jfr. U 1966.829 HD - Styrolit, U 1979.603 Shd - shaker bord stellet, og vist nok U 1980.107 HD. Se også U 1976B.277ff - om standpunktsrisiko. Se nærmere i kap. 10 om nedlæggelse af fogedforbud og erstatningsansvar for uberettiget nedlæggelse af fogedforbud.

¹⁰ Der må stilles det krav, at virksomheden har oparbejdet en konkurrenceposition, der er specifik for netop denne virksomhed. Sædvanlig fagkundskab og almindeligt anerkendte metoder kan ikke danne grundlag for konkurrenceklausulen - jfr. kap. 12 vedr. betroelse. Se også kap. 2.3.3 og 2.3.4 vedr. afgrænsningen af virksomhedens og de ansattes beskyttelses behov.

¹¹ De ansatte kan dog konkret krænke deres loyalitetspligt i forhold til virksomheden, men det forudsætter i hvert enkelt tilfælde, at et nærmere bestemt forhold i virksomheden er påvirket; kunderne, produkterne, erhvervshemmelighederne mv, jfr. f.eks. U 1958.674 Shd - Flash, U 1968.576 HD - Reska og U 1983.105 HD - Slipmiddel.

markedsføringsloven yder mod handlinger, der strider mod god markedsførings-
skik; hvor alene specifikke forhold i virksomheden sikres.¹²

5.3.2. Konkret indblik i virksomheden¹³

Fsv. angår *den gruppe ansatte, der alene ud fra en konkret vurdering* kan siges at have så indgående et kendskab til virksomhedens forretningsforhold, at de må anses for at være 'særligt betroede', jfr. kap. 12 vedr. betroelse, følger den manglende mulighed for erhvervsforbud uden konkurrenceklausul - som ovenfor nævnt - allerede af, at markedsføringsloven og loyalitetspligten forudsætter fri adgang til at tage ansættelse i eller etablere konkurrerende virksomhed; jfr. dog om erhvervshemmeligheder kap. 6. Det er også vanskeligt at forestille sig i en sådan situation, hvorledes en virksomhed rent praktisk skal kunne kræve beskyttelse i forhold til den tidligere ansatte, når virksomheden ikke kan påvise et særskilt beskyttelsesværdigt forhold, som den ansatte har tilegnet sig; f.eks. agenturgivere og andre forretningsforbindelser, plagiering af produkterne, anvendt eller røbet erhvervshemmeligheder o.l.

Situationen er ofte den, at de ansatte - på grund af virksomhedens beskedne størrelse eller på grund af særlige relationer mellem den ansatte og virksomhedens ejere - har fået et totalt indblik i virksomheden - uden at der kan fremhæves noget specielt som dét, der kan påvirke virksomhedens konkurrenceevne.¹⁴

¹² Kun fsv. angår erhvervshemmeligheder - mfl. § 9 - kan et konkurrenceforbud overvejes - jfr. kap. 6 - men dette begrundes netop i det beskyttede forholds karakter.

¹³ "Konkurrenceklausuler (kan) formentlig påtages af alle sådanne funktionærer, som andre virksomheder kan være interesserede i at ansætte for at opnå en konkret fordel netop i forhold til denne konkurrent." - jfr. Carlsen s. 372.

¹⁴ Se U 1984.917 Shd vedr. spørgsmålet om ægtefællens ansættelse i en konkurrerende virksomhed som rimelig begrundelse for at afskedige den ansatte - i en situation hvor den ansatte har det her berørte brede overblik over virksomheden - ud fra overvejelser om mulighed for illoyalitet.

Det er anerkendt i retspraksis, at en sådan situation kan danne grundlag for vedtagelsen af en konkurrenceklausul; - senest i U 1987.543 Shd - hvor en sekretær - der var eneste ansatte i et firma med kun én indehaver - efter sin fratræden oprettede et firma, der havde målgruppe identisk med den tidligere arbejdsgiver. Her blev en konkurrenceklausul anset for gyldig, idet den ansatte: "har fået et fuldstændigt kendskab til forretningsforholdene i sagsøgtes virksomhed, der var blandt de første af sin art". Denne formulering kan også ses i U 1968.911 Shd - hvor den ansatte - en repræsentant - antoges at have indtaget en "særlig betroet stilling, idet hans arbejde i den forholdsvis lille virksomhed har haft en sådan karakter både med hensyn til arbejdet hos kunderne og med hensyn til rådgivning af varevalg m.v., at en passende konkurrenceklausul måtte være nødvendig for på rimelig måde at sikre virksomheden".

Domstolene tilkendegiver herved, at selve etableringen af konkurrerende virksomhed kan aftales at være retsstridig i forhold til virksomheden, uden at det kan betragtes som en hensigtsmæssig regulering af et specifikt forhold. Det accepteres, at de ansatte og virksomhederne i konkurrenceklausulen selv regulerer, hvilke forpligtelser ansættelsesforholdet skal indebære, og hvorledes overtrædelsen skal bevises. Domstolene accepterer som et led heri, at denne situation hhv. kan danne grundlag for at beskytte virksomhederne mod konkurrence, og at de ansatte kan være særligt betroede. Dette harmonerer med den øvrige retsstridighedsvurdering, idet der ikke kan være tvivl om - i de her omhandlede situationer - at den ansatte kan påvirke virksomhedens konkurrenceevne og markedsposition p.g.a. sit indgående og brede kendskab til virksomheden.

5.3.3. Ledelsesbeføjelser

I flere domme¹⁵ har det moment været overvejet, at den forpligtede havde *ledelsesbeføjelser*. Selve den formelle stillingsbetegnelse kan ikke antages at have

¹⁵ U 1974.294 HD - Sauer, U 1978.321 HD - Chefkonsulent, U 1981.731 Vld - Slidbanedæk; jfr. kap. 3.4.

betydning ud over, at den tilvejebringer en formodning om, at den ansatte indtager en stilling af en vis karakter. Det er f.eks. velkendt, at visse direktører reelt er filialledere eller evt. ansvarlige for en del af virksomheden; uden at der ligger noget til A/S lovens bestemmelser om direktører svarende i stillingsbetegnelsen.¹⁶ Denne formodning om stillingens indhold vil kunne afkræftes, jfr. U 1981.731 Vld (byrettens afgørelse) og omvendt vil det på konkret grundlag kunne fastslåes, at en stilling er 'særlig betroet', uanset AT en tilsvarende stilling sædvanligvis ikke vil være dette - jfr. kap. 5.3.2 med U 1987.543 Shd.

Stillingsbetegnelsen har virkning som formodningsregel, og det må være afgørende, hvilket reelt indhold stillingen har haft. For ansatte, der indtager en efter stillingsbetegnelsens ordlyd overordnet stilling, vil dette sædvanligvis indebære et indgående kendskab til virksomheden og dennes beskyttelsesværdige forhold. En direktør har adgang til ethvert forhold af betydning inden for hans felt, og han vil derfor være en potentiel konkurrencefaktor.¹⁷ Det er med andre ord de overordnede ansattes kendskab til og indsigt i de forhold af materiel karakter, hvoraf virksomhedens konkurrenceevne afhænger, der gør det berettiget at pålægge dem en konkurrenceklausul.¹⁸ Formålet med at skille dem ud som en særskilt gruppe er det forhold, at der netop ikke er nogen specifik del af virksomheden, hvor de kan hævdes at have et detailkendskab til forholdene. Et konkurrenceforbud uden konkurrenceklausul og uden bevis for sådant kendskab til virksomhedens be-

¹⁶ Som ex. kan også nævnes, at den ansatte, der bærer stillingsbetegnelsen 'salgsingeniør', sædvanligvis må have et så indgående kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder og afsætningskanaler, at det vil være berettiget at pålægge ham en konkurrenceklausul.

¹⁷ U 1988.214 Vld - Underdirektør forpligtet sig til ikke at tage kontakt med virksomhedens leverandører og kundekreds; forpligtelsen blev påtaget i forbindelse med fratræden for strafbart forhold.

¹⁸ I lovforslaget gengivet i SOU 1983:52 § 5, stk. 3, var der en udvidet mulighed for med ledende ansatte og medejere at aftale en konkurrenceklausul; jfr. SOU 1983:52 s. 314f og 391.

skyttelsesværdige forhold er da som udgangspunkt ikke mulig.¹⁹ De heromhandlede ansatte vil dog sædvanligvis have et bredt og indgående kendskab til virksomheden - jfr. også kap. 3.4 - og de vil således som absolut hovedregel kunne påvirke virksomhedens konkurrenceevne, og dermed vil en konkurrenceklausul være acceptabel; i modsætning til lige ovenfor kap. 5.3.2, hvor det kun er rent undtagelsesvist.

U 1929.684 HD - (Skibsmægler) P varetog i et større firma ledelsen af en afdeling med søforsikringer, et linieagentur og varemægling. Uden at der er oplyst nærmere om, hvori den ledende stilling bestod, antog landsretten (tiltrådt af højesteret) at stillingen berettigede til pålæggelse af en konkurrenceklausul omfattende Fyns stift, hele firmaets virksomhed - og dermed også forhold som P ingen berøring havde med overhovedet - og tidsmæssigt ubegrænset. M.h.t. spørgsmålet, om forpligtelsen iht. klausulen var overtrådt, kom retten til det standpunkt, at overtagelsen af dét agentur, som P primært havde beskæftiget sig med, samt forretninger af mindre omfang, var en krænkelse af forpligtelsen. Konkurrenceklausulen blev opretholdt og en konventionalbøde på 5.000 kr. ligeså.

U 1946.249 HD - Prokurist - M blev ansat i glasfirmaet C, hvor han efterhånden blev prokurist. I dommen er oplyst, at M under sin ansættelse fik: "...et indgående varekendskab samt viden om firmaets leverandører og kunder". M besøgte under sin ansættelse C's leverandører og må antages i det hele at have haft en prokurists beføjelser - hvilket indebærer et indgående kendskab til alle firmaets forhold. M opsagde sin stilling og startede herefter egen virksomhed i konkurrence med C. Konkurrenceklausulen omfattede enhver beskæftigelse med glas i ét år, og den blev opretholdt fuldt ud. Endvidere blev en konventionalbøde på 5.000 kr. opretholdt fuldt ud - med henvisning til, at overtrædelsen af konkurrenceklausulen var meget graverende, og den stilling M havde indtaget.

U 1973.319 HD - Speditør - P varetog ledelsen af speditørfirmaet S' Odense afdeling og denne oparbejdedes betydeligt under P's ledelse. Efter at afdelingen havde haft tab og de deraf følgende uoverensstemmelser mellem P og S, startede P egen konkurrerende virksomhed. I sin ansættelse må P antages at have haft den afgørende kontakt med transportvirksomheder, agenturer i det omfang, disse administreredes fra Odense, og transportk-

¹⁹ U 1939.226 Shd - direktør forlod sin stilling - selve ansættelsen i en konkurrerende virksomhed var hverken i strid med krl. § 15 (mfl. § 1) eller med kontraktsforudsætninger. jfr. Kobbernagel I s. 200f. Der påhviler også disse ansatte en loyalitetspligt - jfr. kap. 2 - 6.

under inden for hans geografiske arbejdsområde. Konkurrenceklausulen blev opretholdt i ét år fra det tidspunkt, hvor han kontraktligt kunne være fratrådt - det vil sige 2 år fra den faktiske fratræden. Geografisk blev den begrænset til afdelingens virkeområde - vest for Storebælt.

U 1981.506 Shd - Damstahl - S blev i 1969 ansat som direktør i en filial D af en større koncern. Indtil sin fratræden i 1978 ledede og opbyggede han filialen og indtog i det hele en ledende stilling med tegningsret i overensstemmelse med A/S-loven. En aftalt konkurrenceklausul på 2 år opretholdtes, men den blev nedsat til ét år, uden at der er oplyst noget nærmere om baggrunden herfor. S var ikke omfattet af funktionærloven, og der var ikke ydet vederlag for klausulen. Klausulen fandtes konkret ikke at være overtrådt, uanset at der havde været forskellige kontakter mellem en leverandør og S, og uanset at denne leverandør afbrød forretningsforbindelsen med D og etablerede kontakt med Inox, der var et af S' fætter ledet og til formålet oprettet selskab; jfr. kap. 4.3.2.²⁰

5.4. Vurdering

Det fremgår klart af gennemgangen, at vedtagelse af en konkurrenceklausul afgørende vil ændre såvel de ansattes som virksomhedernes retsstilling. Uden konkurrenceklausul kan der ikke nedlægges fagedforbud mod de ansattes etablering af - eller ansættelse i - konkurrerende virksomhed, og hvis en ansat krænker et konkret beskyttelsesværdigt forhold, kan et forbud alene rettes herimod; jfr. også kap. 3, 4 og 6. Når det yderligere erindres - jfr. nedenfor kap. 14 om konkurrenceklausulers tidsmæssige udstrækning - at konkurrenceklausuler for særligt betroede medarbejdere opretholdes i op til ét år uden vederlag og uden særlige betingelser, er den materielle forskel særdeles markant.

I relation til at begære forbud nedlagt - som foreløbigt forbud ved fagedretten - er dette en klar mulighed ved en konkurrenceklausul, der netop er aftalt med

²⁰ Se endvidere U 1974.294 HD - Sauer og U 1981.731 Vld - Slidbanedæk; gennemgået i kap. 3.4, samt dommene U 1936.560 Shd - Forretningsfører, U 1962.259 Shd - Værkfører, U 1972.1028 Shd - Afdelingsleder. Endvidere kan anføres utrykt Shd afsagt den 29/9-1982 i sag F 505/1982 - Domino Stilladser - hvor en direktør havde hele kendskabet til kundekredsen, samt utrykt Shd i sag H 162/87 afsagt 1/6 - 1988 - Dan Bouquet - hvor en interessent forpligtede sig til ved udtræden ikke at drive konkurrerende virksomhed i 3 år. Interessentskabet havde 2 deltagere, hvor den forpligtede varetog markedsføring og salg.

henblik på at gøre det muligt at hindre den ansatte i at etablere eller tage ansættelse i konkurrerende virksomhed; jfr. U 1988.214 Vld.²¹ Den ganske beskedne anvendelse af fogedforbud i disse sager må ses i sammenhæng med, at der i dommene U 1968.911 Shd og U 1987.543 Shd som følge af ansættelsesforholdenes karakter var reel tvivl om, hvorvidt stillingerne var særlig betroede. Også tvivl om opsigelsesomstændighederne, jfr. afl. § 38, stk. 2, kan føre til berettiget tvivl om, hvorvidt konkurrenceklausulen kan opretholdes, og dermed om forbudsbetingelserne er opfyldt - med deraf følgende risiko for erstatningsansvar; jfr. kap. 10.²² Det kan være vanskeligt at begrænse konkurrenceklausulerne til enkelte særligt beskyttelsesværdige forhold i virksomheden og dermed undgå anvendelse af afl. § 38, stk. 2 - jfr. kap. 2.3.5 - idet det netop er det brede kendskab til virksomheden, der i disse sager er grundlaget for at aftale en konkurrenceklausul.

Misligholdelse af en konkurrenceklausul vil skabe klarhed over retsstridigheden, og må som udgangspunkt formodes at indeholde de subjektive elementer, der er nødvendige for at pådrage erstatningsansvar.²³ Grundlaget for konkurrenceklausulen - det brede interne kendskab til virksomheden - vil imidlertid også volde problemer for tabsopgørelsen, idet tabsdokumentationen vil blive vanskelig i en situation, hvor der ikke kan peges på et enkelt beskyttelsesværdigt forhold, der er krænket.²⁴ Herimod vil kun skønsmæssigt fastsatte, bodslignende erstatninger - eller egentlige konventionalbøder - hjælpe; jfr. nærmere herom i kap. 9.²⁵

²¹ I U 1973.319 HD - Speditør - blev forbudssagen ikke ført igennem.

²² Jfr. U 1929.684 HD, U 1936.560 Shd, U 1946.249 HD og til dels U 1973.319 HD. Se kap. 15. vedr. afl. § 38, stk. 2.

²³ Jfr. U 1973.319 HD - Speditør - "...klar erstatningspådragende overtrædelse af konkurrenceklausulen..."

²⁴ Jfr. U 1987.543 Shd - hvor den forpligtede blev frifundet for erstatningspåstanden, idet virksomheden ikke kunne bevise et tab. Se dog U 1973.319 HD og U 1968.911 Shd.

²⁵ I dommene U 1929.684 HD, U 1946.249 HD, U 1962.259 Shd og 1972.1028 Shd ansås en aftalt konventionalbod for forfalden.

KAPITEL 6. ERHVERVSHEMMELIGHEDER¹

6.1. Tidligere ansatte - forpligtelsen iht. mfl. § 9²

6.1.1. Ansattes oprindelige kvalifikationer - afgrænsning

Forpligtelsen efter markedsføringslovens (mfl.) § 9, stk. 2 og 3, består i, at nuværende og tidligere samarbejdspartnere ikke må anvende, røbe eller viderebringe virksomhedernes erhvervshemmeligheder, tekniske tegninger m.v. Det er således også for de ansatte en tavsheds- og en diskretionspligt overfor 3.mand og en forpligtelse til ikke selv at anvende en virksomheds erhvervshemmeligheder m.v. Retsstridigheden begrundes med, at de ansatte - gennem deres kendskab til virksomhedernes viden - på afgørende måde kan påvirke virksomhedernes konkurrenceevne. Det er for virksomhederne afgørende at hindre de ansatte i selv at udnytte dette kendskab og hindre at konkurrenterne får kendskab hertil.³

Under ansættelsesforholdets beståen er det vanskeligt at se en legitim interesse for den ansatte i at kunne udnytte eller viderebringe virksomhedens erhvervs-

¹ Afsnittet behandler forpligtelsens karakter og indhold, konsekvenserne af en pligtkrænkelse og mulighederne for at aftaleregulere forholdet. Diskretionspligtens genstand behandles ikke her. Se herom Markedsret s. 230ff, Konkurrenceret s. 258ff, Greve s. 79ff, Krüger Andersen s. 293ff, Diskretionspligtens genstand s. 4ff og 9ff, bet. 416/1966 s. 30ff, Carlsen s. 365ff, Ansættelsesretten s. 330ff og ovenfor kap. 2.2.3. Jfr. også Gomard 89 s. 53 og Louis le Maire i U 1968B.350.

² Koktvedgaard s. 304ff, Konkurrenceret s. 260ff, Licensaftalen s. 104f, Ståhlros s. 314, SOU 1983:52 s. 292 og s. 373, Castrén i NIR 1967.280ff, samme i NIR 1988.67ff, Karsten Meyer i U 1912B.108f, Levin 1929 s. 49f, samme 1943 s. 95ff, Hemmelighed s. 3ff, 25ff og 29ff vedr. afgrænsningen og forholdene efter ansættelsens ophør.

³ Beskyttelsen iht. mfl. § 9 rækker efter bestemmelsens ordlyd udover den egentlige kontraksperiode; jfr. den i kap. 5.1 nævnte U 1978.305 SHD - Plantefibertablet. Da bestemmelsen beskytter kontraksrelationen, er det endvidere klart, at flere virksomheder hver for sig kan komme til et resultat, der er omfattet af mfl. § 9. Dette vil ikke være nogen krænkelse af en 'rettighed', og forholdet kan meget vel være beskyttet som erhvervshemmelighed for begge virksomhederne. Dette har betydning for afgrænsningen af erhvervshemmelighederne over for kontraktspartnernes frihed til at vælge andet samarbejde. Forbindelser uden kontraktligt grundlag falder uden for bestemmelsen, i det omfang de ikke er omfattet af § 9, stk. 4.

hemmeligheder, idet den pågældende netop er ansat og får sin løn for at fremme virksomhedens interesser.⁴ Efter ansættelsens ophør ændrer spørgsmålet sig imidlertid radikalt, idet den tidligere ansatte har et berettiget krav på at *anvende sig faglige kunnen*; bl.a. for at kunne ernære sig og sine er det afgørende, at han sikres adgang til at tage anden ansættelse.

Udgangspunktet er det klare, at der er fri adgang til erhverv og til at anvende frit tilgængelig viden, og virksomheden har heroverfor kun en berettiget interesse i at kunne 'reservere' viden, der er specifik for denne virksomhed.⁵ Virksomheden kan således kun kræve beskyttelse for det særlige kendskab til virksomhedens viden, produkter og ydelser i markedet, som den ansatte har opnået igennem samarbejdsforholdet. Den ansatte har med andre ord krav på at kunne udnytte sine *grundlæggende faglige kvalifikationer*, men dette begreb giver ikke nogen præcis afgrænsning af adgangen til at tage anden ansættelse. Uden konkurrenceklausul er den ansatte som udgangspunkt berettiget til at etablere og tage ansættelse i konkurrerende virksomhed. Samtidig er han forpligtet til at bevare arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder intakt. Dette er ikke altid foreneligt.⁶

Der må foretages en afvejning af hensynet til virksomheden over for hensynet til den - tidligere - ansatte; en afvejning af de konkrete momenter i den enkelte sag

⁴ Koktvedgaard s. 305 med henv. og Hemmelighet s. 26, jfr. også kap. 2.4.1.

⁵ Jfr. U 1966.829 HD - Styrolit, U 1960.236 Vld - Vandanalyse: "...en så naturlig fremgangsmåde, at den ikke kan anses for en forretningshemmelighed." I sagen var der alene rejst spørgsmålet om overtrædelse af krl. § 11 (mfl. § 9). Se også kap. 2.2.3.

⁶ Jfr. Sht 1952.128 - Nordisk Plaster og Carlsen s. 381 - 2. afsnit. Se U 1918.564 Shd - Formaldehyd - hvor den tidligere samarbejdspartner blev dømt for at have anvendt sit kendskab til virksomheden til at kopiere et specielt apparat. Se heroverfor U 1920.888 HD - Formaldehyd - hvor den samme konkurrent frifindes, idet det "...ikke er godtgjort, at klageren (virksomheden)... har benyttet sig af nogen hemmelighed udover den viden, enhver person med kemisk uddannelse vil kunne få fra den kemiske litteratur." citat fra Sø- og Handelsrettens afgørelse U 1920.259 Shd. Se også U 1931.775 Øld - Trifolium - hvor hemmeligheden ikke ansås for røbet, og ved vurderingen af, hvorvidt erhvervshemmelighederne var krænkede, kunne anvendelse af den ansattes særlige håndlag ikke tillægges betydning. Se også den tilsvarende vurdering ved produktplagiering kap. 3.2.2.

vil afgøre, om forpligtelsen efter mfl. § 9 er overtrådt. Forpligtelsen vil være forskellig for forskellige ansatte.⁷ På den ene side vil den nyuddannede, der kun er ansat i kort tid, ikke kunne påvirke virksomhedens konkurrenceevne mærkbart. Hvis han omvendt er ansat i virksomheden i lang tid, vil han sædvanligvis kunne påvirke virksomhedens konkurrenceevne. Den ansattes grundlæggende kvalifikationer og kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder vil i denne situation smelte sammen. På den anden side vil specialisten, der kender branchens erhvervshemmeligheder til bunds, selv efter ganske kort tids ansættelse kunne påvirke virksomhedens konkurrenceevne. Forpligtelsen vil dog være anderledes for ham, idet han ikke har fået - hele - sit kendskab til erhvervshemmelighederne fra virksomheden.

Denne synsvinkel om beskyttelsens relativitet⁸ ses tydeligere ved samarbejde imellem selvstændige erhvervsdrivende, der ofte vil være potentielle konkurrenter. Hvis begge virksomheder i samarbejdet har beskæftiget sig med et givet område, der nu omfattes af samarbejdet, vil det være utænkeligt - uden udtrykkelig kontraktsbestemmelse herom - at den ene virksomhed efter samarbejdets ophør ikke skulle kunne beskæftige sig med området.⁹ Hemmelighedsbeskyttelsen må således ses i lyset af den konkrete kontrakt og dennes forudsætninger, der dog f.eks. i ansættelsesforhold p.g.a. kontraktshyppigheden vil kunne afspejle et vist

⁷ Det kan som udgangspunkt ikke være afgørende, hvorvidt samarbejdet med virksomheden foregår indenfor rammerne af et ansættelsesforhold eller i anden form for samarbejde. Se dog sondringen i SOU 1983:52 - lovforslagets §§ 3 og 4 - jfr. s. 384ff og s. 310ff. I lag om skydd för företagshemligheter §§ 6 og 7, jfr. § 9, findes der regler om erstatningsansvar for de ansatte og de selvstændige samarbejdspartnere; erstatningsansvaret for de ansatte rækker dog kun i kvalificerede tilfælde udover selve ansættelsesperioden.

⁸ Se vedr. industrispionage Hemmelighet s. 40f, hvor det anføres, at der ikke 'bør' stilles rigoristiske krav til, hvad der er erhvervshemmeligheder, da der ingen anerkendelsesværdige interesser står overfor virksomhedens behov for beskyttelse; jfr. Kockvedgaard s. 304ff.

⁹ Jfr. Castrén i NTR 1974 s. 50 ff og utrykt dom fra Sø- og handelsretten af 5. april 1984 i sag H 592/1982 - Asfaltmaskiner - hvor fremstilling af konkurrerende produkter ikke fandtes retsstridig, idet samarbejdspartneren forud for samarbejdet havde fremstillet tilsvarende produkter, og da den angivne tid konkret måtte anses for tilstrækkelig til at udvikle et salgbart produkt.

mønster. Virksomheden kan med andre ord ikke få beskyttelse for viden, som den ansatte kendte i forvejen, men det kan i det konkrete tilfælde være så godt som umuligt at udskille virksomhedens viden fra den ansattes.¹⁰

6.1.2. Tavshedspligtens karakter og indhold

6.1.2.1. Forpligtelsen - i egen virksomhed og i forhold til konkurrenterne

Udgangspunktet for en vurdering af den ansattes forpligtelse efter mfl. § 9 er som nævnt det klare, at den forpligtede er berettiget til at tage anden ansættelse og til at etablere egen virksomhed i konkurrence med sin tidligere arbejdsgiver.¹¹ Den tidligere ansatte kan herved bruge sit håndlag og sin grundlæggende viden - erhvervet ved uddannelse og ansættelse. Den tidligere arbejdsgiver kan kun se herpå med uro og afvent, hvorvidt den ansatte krænker sin forpligtelse efter mfl. § 9 og herved prisgiver virksomhedens erhvervshemmeligheder. Før eller senere vil en evt. krænkelse manifestere sig i et produkt, i en fremgangsmåde, i en henvendelse til forretningsforbindelser o.a. En sammenlignende undersøgelse af virksomhedens og konkurrentens produkter vil herefter danne et sikkert grundlag for vurderingen af, om forpligtelsen efter mfl. § 9 er krænket.¹²

Virksomheden kan imidlertid være interesseret i at komme udviklingen af produktet i forkøbet, og et af konkurrenten udsendt brochuremateriale kan danne grundlag for en prøvelse af, om § 9 er krænket - jfr. U 1975.1049 HD - Dancom.

¹⁰ Hemmelighed s. 30, se Castrén i NIR 1988 s. 67 og 69 vedr. grænsedragningen. NIR 1967.280 - også en samfundsmæssig interesse i at beskyttelsen begrænses aht. den frie konkurrence og tekniske udvikling. Ophørsomstændighederne kan antagelig være reguleringsfaktor - jfr. Hemmelighed s. 32f, U 1974.463 HD og ovenfor kap. 3.2.4.

¹¹ Munch i U 1981B.45ff - Sammenholdt med FUL § 18 kan en funktionær: "... som hovedregel ikke uden aftale derom ... være afskåret fra at påtage sig sådant (konkurrerende) arbejde."

¹² Uden et direkte ydre udtryk kan f.eks. tempoet i fremstillingen danne grundlag for en vurdering af, om mfl. § 9 er krænket. Som ex. herpå - U 1974.463 HD, U 1975.1049 HD, U 1982.1149 Shd - skønsmandens udtalelse, U 1983.105 HD og U 1986.268 Shd. Se tilsvarende utrykt Shd i sag H 620/1983 afsagt 22/6 - 1987 - Bagerienzymer. Dommene er gennemgået i kap. 6.1.2.2 og 6.1.2.4. Om strafbart forsøg - se Hemmelighed s. 35f og Greve s. 116f.

Dette rummer imidlertid den ulempe, at uanset at der konstateres en krænkelse af forpligtelsen efter mfl. § 9, vil retsvirkningen heraf blive meget diffus. Der er endnu ikke noget produkt, der kan nedlægges forbud imod; og selve forskningen og udviklingen af produktet er vanskelig at standse - jfr. nedenfor.

Dette har naturligt ført til overvejelser over, om mfl. § 9 kan bruges til enten at forbyde den ansattes etablering af - eller samarbejde med - en konkurrerende virksomhed - dvs. før krænkelsen manifesterer sig i et produkt; ud fra en betragtning om, at samarbejdet m.v. rent faktisk ikke vil kunne forløbe uden at krænke forpligtelsen efter mfl. § 9; jfr. nedenfor kap. 6.1.2.2.¹³ Heri er der imidlertid flere problemer. Mfl. § 9 forpligter som nævnt virksomhedens ansatte og samarbejdspartnere i 2 henseender; til ikke i egen virksomhed ubeføjet at *anvende* virksomhedens erhvervshemmeligheder m.v. og til ikke ubeføjet at *røbe eller viderebringe* disse til udenforstående.

Det er for virksomheden væsentligt at sikre sig, at dens erhvervshemmeligheder ikke anvendes af konkurrerende virksomheder - ved produktion og markedsføring af deres ydelser. Udenforståendes interesse for virksomhedens erhvervshemmeligheder vil sædvanligvis have et kommercielt sigte og til formål at påføre virksomheden - øget - konkurrence. I denne situation vil det kunne påvirke virksomheden, hvad enten konkurrenten er en eksisterende udbyder på markedet eller en virksomhed, der er nyetableret af en tidligere ansat. Der er imidlertid den forskel mellem den udenforstående konkurrent og den tidligere ansatte, at den sidstnævnte som udgangspunkt *har* et internt kendskab til virksomheden,¹⁴ hvad en udenforstående ikke vil have. Forpligtelsen i mfl. § 9 må forstås i overensstemmelse hermed, således at der skelnes mellem pligten til at undlade selv at anvende

¹³ Jfr. Munch U 1981B.45 ff

¹⁴ Jfr. Licensaftalen s. 156ff

de beskyttede forhold og en forpligtelse til at undlade at røbe eller viderebringe disse.

Den tidligere ansattes *egen anvendelse* af sit kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder er retsstridig i forhold til denne. Dette hindrer imidlertid ikke den tidligere ansatte i at videreudvikle den beskyttede viden og bruge den som idégrundlag i sin egen forskning og produktudvikling - eller i ikke konkurrerende virksomhed. En ikke kommercielt rettet forskning er som udgangspunkt ikke skadelig for virksomheden, og det vil ikke være muligt for virksomheden at hindre denne, idet den ansatte allerede har et indgående kendskab til virksomheden. At denne forskning og udvikling vil kunne danne grundlag for konkurrence i en ikke alt for fjern fremtid, kan ikke tillægges afgørende vægt, idet virksomheden i en periode - jfr. mfl. § 9, stk. 2, og nedenfor kap. 14 - vil være beskyttet imod konkurrence og her kan videreudvikle sit konkurrencegrundlag. Efter en beskyttelsesperiodes udløb vil den forpligtede sædvanligvis ikke kunne påføre virksomheden anden konkurrence end en hvilken som helst anden - højtuddannet - specialist.¹⁵

Grænsen mellem denne ret til at forske videre i de beskyttede forhold og den retsstridige anvendelse heraf i konkurrerende virksomhed kan være vanskelig at fastlægge. For retsstridigheden må det være afgørende, hvorvidt videreudviklingen sker enten med erklæret kommercielt sigte eller inden for en kortere årrække faktisk resulterer i konkurrerende produkter m.v. - jfr. U 1975.1049 HD, U 1980.717 HD og U 1982.1149 Shd - gennemgået nedenfor kap. 6.1.2.2 og 6.1.2.3. Hvis dette ikke er tilfældet, vil videreudvikling ikke være retsstridig.

¹⁵ Se også Carlsen s. 369f om vederlagsfri arbejde og forberedelse af konkurrerende virksomhed, Løchen s. 110 fortolker samme resultat ud fra ordet 'erhvervshemmelighed'. Den civilretlige beskyttelse er dog principielt tidsbegrænset - jfr. umiddelbart nedenfor og nærmere i kap. 14.

Når den forpligtede *røber eller viderebringer* virksomhedens beskyttede forhold til udenforstående, er det også her afgørende for virksomheden, hvorvidt det sker til konkurrenter, og hvorvidt disse vil anvende deres nyerhvervede viden kommercielt.¹⁶ Der er imidlertid den afgørende forskel, at det i forhold til de udenforstående er muligt for den forpligtede at opretholde total tavshed og fuld diskretion. For konkurrenterne vil der ikke være nogen legitim interesse i at få indblik i og anvende virksomhedens interne forhold, hvad der kan være tilfældet for den tidligere ansatte - jfr. ovenfor kap. 6.1.1. For den forpligtede vil det endvidere ikke være muligt at sikre sig, hvad den udenforstående anvender virksomhedens viden til, når den først er ude af hans kontrol. Dette fører til, at forpligtelsen i forhold til udenforstående - konkurrenter og andre - må være absolut, således at den forpligtede skal bevare total tavshed og diskretion om sit kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder.

Får en udenforstående alligevel kendskab til en virksomheds erhvervshemmeligheder igennem en af virksomhedens samarbejdspartnere, må han - jfr. mfl. § 9, stk. 4 - ikke anvende sit kendskab hertil. Evt. at isolere anvendelsesbegrænsningen til den umiddelbart konkurrerende virksomhed kan forekomme subtilt, da forpligtelsen for den ansatte - ligesom forpligtelsen iht. mfl. § 9, stk. 4, - er absolut, men kun den umiddelbare konkurrence kan have afgørende interesse, idet den ansatte alene må være forpligtet til at iagttage tavshed i en vis periode. Principielt er den civilretlige beskyttelse af erhvervshemmeligheder ikke tidsbegrænset, men den tekniske udvikling vil ofte føre til, at erhvervshemmelighederne efter en periode mister deres betydning. Problemet i denne henseende er, om denne periode kan standardiseres - således at den ansatte vil være berettiget til selv at anvende og røbe virksomhedens hidtidige erhvervshemmeligheder, og om tilsvarende den konkurrent, der igennem et retsstridigt forhold har fået kendskab til virksom-

¹⁶ Hemmelighet s. 22ff og 37ff - det reelle problem ligger ikke i bruddet på tavshedspligten, men i konkurrenternes udnyttelse af det materiale, som tilvejebringes fra virksomheden; jfr. U 1930.246 HD - Piskefløde og U 1980.717 HD - Krøyer. Jfr. også Greve s. 117ff om viderebringelse.

hedens interne forhold, er berettiget til - efter udløbet af beskyttelsesperioden - frit at anvende dette kendskab; jfr. nærmere i kap. 14.

6.1.2.2. Er tavshedspligten en ansættelseshindring

Det skal i dette afsnit belyses, hvorvidt kendskabet til arbejdsgiverens erhvervshemmeligheder kan bevirke, at de ansatte overhovedet ikke kan tage ansættelse i - eller etablere - konkurrerende virksomhed uden at krænke deres forpligtelse efter mfl. § 9. I dommene U 1975.1049 HD - Dancom, U 1980.717 HD - Krøyer, U 1983.105 HD - Slipmiddel og U 1986.268 Shd - Ceolein, blev der i forbindelse med de ansattes etablering af konkurrerende virksomhed statueret overtrædelse af krl. § 11/mfl. § 9. I dommene U 1963.582 HD - Bilwinco - og U 1968.576 HD - Reska, blev der påstået overtrædelse af Krl. § 11 (mfl. § 9) men i begge tilfælde fandtes dette ikke bevist.

Begrundelserne for at statuere overtrædelse af mfl. § 9 skal belyses nærmere.

U 1975.1049 HD - Dancom - En udviklingschef i en radiovirksomhed sagde sin stilling op og startede derefter for sig selv i konkurrerende virksomhed. Højesteret vurderede i sine præmisser til dommen, hvilke typer af viden der måtte anses beskyttet efter krl § 11 (mfl. § 9) - jfr. kap. 2.2.3. Omfattet var: ... (den) sum af viden, som Sørensen havde erhvervet under sit udviklingsarbejde". Endvidere antog højesteret, at den ansatte (Sørensen) havde overtrådt mfl. § 9, idet der ved vurderingen af, om § 9 var overtrådt, lagdes vægt på, at han 5 uger efter sin fratræden havde udsendt salgsbreve og brochurer vedrørende et af ham udviklet radioanlæg og derefter på 8 mdr. havde en prototype klar. Dette arbejde ville efter sagkyndig udtalelse for én uden kendskab til udviklingsarbejdet vedrørende de pågældende anlæg tage væsentlig længere tid. Herudover var der forskellige lighedspunkter. Der var ikke tvivl om, at Sørensen i kraft af sit tidligere ansættelsesforhold var bekendt med den relevante viden. Der blev i sagen pålagt erstatningsansvar for det uberettigede forspring i konkurrencen, som Sørensen havde opnået ved at krænke sin tavshedspligt.

Dommen bygger på den forudsætning, at Sørensen havde adgang til at etablere konkurrerende virksomhed og producere konkurrerende radioanlæg ud fra kendt viden. Under dette konkurrerende arbejde måtte Sørensen imidlertid ikke bruge

sin viden fra det tidligere ansættelsesforhold m.h.t. hvilke komponenter og konstruktioner, der var hensigtsmæssige og hvilke ikke, idet denne viden "... kunne overflødiggøre kostbare og tidkrævende undersøgelser og forkorte det tidsrum, der var nødvendigt til at udvikle anlægget".¹⁷ På denne baggrund er det vanskeligt at forestille sig en situation, hvor en medarbejder med indgående kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder, der i egen interesse starter en konkurrerende produktion op umiddelbart efter sin fratræden, ikke vil overtræde mfl. § 9,¹⁸ jfr. dog nedenfor kap. 6.1.2.3.

U 1980.717 HD - Krøyer - Forskningsleder A og administrator B var ansat hos Karl Krøyer, der bl.a. forskede i metoder til fremstilling af 'tørpapir'. Kort efter A' og B's fratræden hos Krøyer gik de sammen med C (der havde været ansat hos Krøyer som udviklingschef, men var fratrådt flere år forud) i dennes firma, hvis målsætning var i direkte konkurrence med Krøyers virksomhed. Sø- og Handelsretten fastslog - tiltrådt af højesteret - at de afgørende dele af Krøyer's viden, såsom nye metoder, erfaringer vedrørende fejlslagne forsøg og priskalkulationer, var specielt knyttet til Krøyers virksomhed, der havde foretaget udviklingsarbejdet vedrørende den pågældende viden. Denne viden udgjorde således erhvervshemmeligheder for Krøyers virksomhed - såvel driftsteknisk som kommercielt.

De pågældende ansatte A og B kendte utvivlsomt den beskyttede viden, og selvom det ikke konkret var godtgjort, at de havde anvendt den pågældende viden, fandtes A og B: "... ved deres overgang til deltagelse i den af (C) påbegyndte udviklingsvirksomhed har handlet i strid med mfl. § 9 stk. 2...". Sø- og handelsretten fandt det ikke muligt at adskille A' og B's almindelige erfaring fra den af mfl. § 9, stk. 2, beskyttede viden i det konkrete tilfælde. Højesteret tiltræder resultatet med ordene: "... at ... som følge af den særlige karakter af indstævntes

¹⁷ Jfr. flertallets præmisser i Højesterets afgørelse - U 1975.1049 HD

¹⁸ Medarbejderen kan være højtuddannet, særlig specialiseret eller konkret have et særdeles indgående kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder; jfr. utrykt Shd. i sag H 620/83 afsagt 22/6-1987 - Bagerienzymer - hvor en udviklingsingeniør - efter i 11 år at have beskæftiget sig med et bestemt emne - forlod firmaet og derefter på knap ét år fremstillede et produkt med samme egenskaber som virksomhedens. Mfl. § 9 fandtes på dette grundlag at være overtrådt.

(Krøyers) virksomhed og (A's) og (B's) stilling og arbejdsopgaver i denne har været uberettiget til at indlede det i dommen beskrevne samarbejde om en tilsvarende produktudvikling....".

Højesteret kom dog til, at Krøyers interesser var tilstrækkeligt beskyttet ved afskæring af henvendelse til og samarbejde med Krøyers forretningsforbindelser. Om en påstand om, at A og B skulle afskæres fra at virke inden for deres speciale udtaler, Sø- og Handelsretten: "... at de ville herved blive indskrænket i deres adgang til erhverv i videre omfang end rimeligt ... jfr. herved princippet i Funktionsnærlovens § 18 sammenholdt med Aftalelovens § 38." Dette blev tiltrådt af højesteret, men alene fordi Krøyers interesser måtte anses for tilstrækkeligt beskyttet herved, og den førte procedure ikke åbnede mulighed for andet. Højesteret må herved anses for at have holdt muligheden åben for et egentligt forbud mod A's og B's samarbejde med C.¹⁹ Der var i sagen ikke nedlagt fagedforbud, og den i højesterets dom fastlagte beskyttelsesperiode på 3 år mod at rette henvendelse til Krøyers forretningsforbindelser var udløbet, inden højesteret afsagde sin dom.

U 1983.105 HD - Slipmiddel - US var ansat som salgssingeniør i virksomheden CT, der bl.a. fremstillede slipmidler til brug ved trykstøbning. US var i sin kontrakt pålagt en konkurrenceklausul, hvorefter han i 2 år ikke måtte drive konkurrerende virksomhed. US blev opsagt af CT, og konkurrenceklausulen blev følgelig ikke påberåbt under sagen. Spørgsmålet lå derfor rent: Hvilke indskrænkninger gælder for US' etablering af konkurrerende virksomhed efter mfl. § 9.

Umiddelbart efter sin fratræden begyndte US at producere slipmidler i direkte konkurrence med CT, og US rettede henvendelse til CT's kunder; se herom kap. 4.2.1. CT's fremstilling af slipmidler måtte anses for - m.h.t. produkternes indhold - at være erhvervshemmeligheder omfattet af mfl. § 9, stk. 2, og US måtte anses for gennem sit arbejde som salgssingeniør at have opnået kendskab til den hemmeligholdte viden. Spørgsmålet var herefter, om

¹⁹ Jfr. Mogens Munch i U 1981B.45 ff, særligt s. 51, hvor det anføres, at sagens konkrete omstændigheder ret entydigt syntes at pege mod: "... forbud imod et samarbejde, der måtte medføre tab af eneretten til den indvundne know how ...".

US ved etablering af konkurrerende virksomhed havde krænket sin forpligtelse efter mfl. § 9, stk. 2. Der forelå i sagen en skønserklæring, hvorefter produkterne, US' og CT's, var opbygget af de samme råvarer og med samme forhold mellem disse råvarer. Endvidere erklærede skønsmanden i retten, at han ikke på 14 dage - som af US påstået - kunne foretage den produktudvikling, som US påstod at have foretaget.

Såvel Sø- og Handelsretten som Højesteret lagde - på grundlag af skønserklæringen - til grund, at US ubeføjet havde benyttet CT's erhvervshemmeligheder og herved havde handlet i strid med mfl. § 9, stk. 2. Sø- og Handelsretten anser det for en krænkelse af mfl. § 1 i sig selv at starte konkurrerende virksomhed umiddelbart efter ansættelsesforholdets ophør, hvorimod Højesteret vurderer, at alene US' henvendelse til CT's kunder er en overtrædelse af § 1; jfr. kap. 4.2.1. Selve etableringen var altså - konkret - ikke i strid med mfl. §§ 1 og 9. Højesteret godkendte det nedlagte fagedforbud, hvorefter US i et år var afskåret fra at rette henvendelse til CT's kunder. Sø- og Handelsretten havde anset tidsrummet for at være for langt, og i en dissens til Højesterets afgørelse ansås forbuddet for reelt indskrænkende US' erhvervsfrihed.²⁰

U 1986,268 Shd - Ceolein - omtalt kap. 2.2.3.2. Sagen blev afgjort efter mfl. § 9, stk. 3, idet industriopvaskemaskinen ikke i sig selv kunne betragtes som nogen erhvervshemmelighed, idet den var udbudt til salg. Dommen bygger på den antagelse, at beskyttelsens genstand kan være forskellig efter mfl. § 9, stk. 2 og stk. 3 - jfr. til dels også bestemmelsernes ordlyd - idet maskinen som nævnt ikke i sig selv var beskyttet, men N havde i strid med mfl. § 9, stk. 3, informeret C om sit detaljerede kendskab til opbygningen. N overtrådte sine forpligtelser ved at informere C som beskrevet og ved i det hele at deltage i den konkurrerende virksomhed C's udvikling af en opvaskemaskine, der på mange punkter var identisk med virksomheden J's.

²⁰ Der var i sagen alene nedlagt påstand om forbud mod henvendelse til CT's kunder. Et forbud mod fremstilling af produkt ville være muligt, men det ville kun sikre CT, indtil US havde udviklet et nyt produkt.

6.1.2.3. Ansættelseshindring eller beskyttelse af konkrete forhold

Af dommene kan det udledes - uanset at ingen af dem konkret når til dette resultat - at en forpligtelse iht. mfl. § 9 kan danne grundlag for et egentligt erhvervsforbud for ledere af forskningsafdelinger og tilsvarende kvalificerede medarbejdere i forskningsintensive virksomheder. Et samarbejde mellem den forpligtede og en konkurrerende virksomhed må således principielt kunne forbydes, hvis det ikke praktisk vil kunne forløbe uden at røbe eller anvende de af forpligtelsen omfattede forhold; jfr. Højesteret i U 1980.717 HD - Krøyer - hvor det anføres, at denne konsekvens af forpligtelsen iht. mfl. § 9 "...ikke på urimelig måde indskrænker deres adgang til at søge erhverv..."²¹ Tilsvarende må den forpligtedes etablering af egen virksomhed kunne forbydes - jfr. dog bemærkningerne straks nedenfor.

Samarbejdet som en krænkelse af mfl. § 9 vil kunne vurderes ud fra den konkurrerende virksomheds målsætning og faktiske arbejdsområde; under den forudsætning at hele konkurrentens virksomhed angår forhold, som den ansattes forpligtelse efter mfl. § 9 omfatter,²² eller samarbejdet alene vedrører denne del - jfr. U 1980.717 HD - Krøyer. En aktivitet herudover vil ikke kunne rammes, hvilket kan give store bevisproblemer for virksomheden.

Det er også vanskeligt at fastslå en krænkelse af forpligtelsen iht. mfl. § 9 i forhold til *den ny-etablerede konkurrent*, da der ikke nødvendigvis er noget grundlag at vurdere denne på. En benægtelse fra den tidligere ansatte af, at han som konkurrent alene beskæftiger sig med forhold, hvorved forpligtelsen efter mfl. § 9

²¹ Se i tilsvarende retning - Hemmelighet s. 30 og Markedsret s. 236. Carlsen s. 381 synes at forudsætte dette. Det vil stille store krav til beviset - jfr. Munch U 1981B.45 ff. Se også Meyer i U 1912B.108ff og Palmgren s. 30. I U 1983.105 HD ændrer Højesteret begrundelsen for dommens resultat, hvor den indankede dom anså selve etableringen af konkurrerende virksomhed for retsstridig.

²² Se U 1975.1049 HD - Dancom og utrykt Shd i sag H 592/84 af 6/5 - 87 - Aalborg Hydraulic, hvor 3 tidligere ansatte havde etableret konkurrerende virksomhed med sigte på samme produktion som virksomheden - mfl. § 9 ansås konkret ikke for overtrådt.

krænkes, vil stille den berettigede i en bevismæssigt umulig situation: Den tidligere ansatte kan ikke generelt forbydes - uden konkurrenceklausul - at virke inden for sit speciale. Han må tillige kunne forske inden for de beskyttede emner, men han må ikke krænke virksomhedens erhvervshemmeligheder ved at planlægge en umiddelbar kommerciel udnyttelse heraf.²³

I langt de fleste tilfælde vil dette føre til, at krænkelse af forpligtelsen efter mfl. § 9 - i en situation hvor den ansatte starter for sig selv eller etablerer samarbejde med en virksomhed, der ikke udelukkende konkurrerer med virksomheden - kun kan bevises ved en sammenligning mellem virksomhedernes resultater; dvs. ved sammenligning mellem produkter, på grundlag af henvendelse til kunder, markedsføringsmetoder m.v. Hvis der foreligger et produkt, kan det på konkret grundlag - ved syn og skøn - afklares, hvorvidt forpligtelsen efter mfl. § 9 er krænket.

Det må dog være klart, at uanset om krænkelse af forpligtelsen efter mfl. § 9 bevises ved en sammenligning af produkterne eller ud fra den konkurrerende virksomheds målsætning, vil dette kun helt undtagelsesvist kunne føre til at forbyde selve den konkurrerende virksomhed eller samarbejdet med en sådan. Et sådant forbud må forudsætte, at forpligtelsen efter mfl. § 9 stadig er aktuel på dommens tidspunkt, og at virksomheden ikke anses for tilstrækkeligt sikret ved et forbud mod enten den konkurrerende produktion eller henvendelse til virksomhedens forretningsforbindelser. Det må således antages, at et egentligt erhvervsforbud alene kan blive aktuelt, når det er virksomhedens eneste mulighed for at sikre sig imod den konkurrerende virksomheds misbrug af de beskyttede forhold.²⁴

²³ Se U 1975.1049 HD - Dancom - hvor et fogedforbud mod endnu ikke markedsførte produkter ophævedes som for ubestemt formuleret.

²⁴ Principielt ville et fogedforbud imod samarbejdet her ramme kernen af forpligtelsen iht. mfl. § 9, men det vil være vanskeligt at få en sådan afklaring af problemstillingen allerede i fogedretten, at forbud vil kunne nedlægges; jfr. kap. 10.

6.1.2.4. Forpligtelsen - afgrænsende momenter

Det skal her belyses, hvornår et forhold i en virksomhed kan betragtes som en erhvervshemmelighed og hvorvidt fremstilling af konkurrerende produkter kan anvendes som bevis for krænkelse af forpligtelsen iht. mfl. § 9. Der indgår heri 2 domme, der angår forholdet mellem selvstændige erhvervsdrivende; jfr. kap. 6.1.1. *Ikke enhver fremstilling af konkurrerende produkter* kan tages som udtryk for, at forpligtelsen iht. mfl. § 9 er misligholdt. Det vil, som gennemgangen ovenfor viser, bero på en konkret vurdering af erhvervshemmelighedens karakter, en sammenligning mellem de konkurrerende produkter, en vurdering af kontraktsparternes indbyrdes forhold o.a.

Dommen U 1963.582 HD - Bilwinco - er udtryk herfor.²⁵ Udviklingsingeniør B var ansat i virksomheden S, der fremstillede veje- og fyldemaskiner. Efter sin fratræden startede han selv produktion af tilsvarende maskiner. Det var klart, at B havde anvendt viden fra sin ansættelse hos S til fremstilling af sine egne maskiner. Retten anså dog ikke krl. § 11 (mfl. § 9) for at være overtrådt. Sø- og Handelsretten udtalte herom, at der var talrige vægte af den omhandlede type, og at der mellem de enkelte vægte kun var mindre konstruktive afvigelser baseret på forsøg og praktiske erfaringer. B havde i sine vægte ejendommeligheder, der lignede de af S fremstillede, men B havde konkret udført dem på anden vis.

U 1968.576 HD - Reska - Tre tidligere ansatte T fremstillede reoler i konkurrence med deres tidligere arbejdsgiver. De af T fremstillede reoler fandtes at være 'en så nærgående efterligning', at mfl. § 1 var overtrådt; jfr. kap. 3.2.3. I sagen var det også påstået, at T's forpligtelser efter mfl. § 9 (krl. § 11) var krænkede, men dette fandtes ikke bevist, og påstanden blev ikke gentaget for Højesteret.

I afgørelsen U 1974.463 HD - Blomin²⁶ - forhandlede D virksomheden S' produkter, der bl.a. bestod af blomstergødning. Uden varsel blev D opsagt som forhandler; herefter påbegyndte D salg af et konkurrerende nyt produkt. D's nye produkt var identisk med et af S nyudviklet produkt. Der var det særlige, at S' produkt endnu ikke var markedsført i D's område, men efter færdigudvikling var det prøvesolgt i et andet område. Spørgsmålet i sagen

²⁵ Se også om dommen ovenfor kap. 5.2.

²⁶ Dommens forhold til mfl. § 1 er omtalt i kap. 3.2.4 og 5.2.

var, hvorvidt D havde krænket sin forpligtelse som loyal kontraktspartner, herunder sin forpligtelse efter mfl. § 9 (krl. § 11). Efter markedsføringen af produktet - prøvesalget - kunne dette ikke længere betragtes som en erhvervshemmelighed, idet sammensætningen af dette kunne findes ved en simpel analyse.

I de netop nævnte sager er der det fællestræk, at der er tale om ukomplicerede produkter, der hovedsagelig er baseret på almindelige erfaringer, og hvor der i opbygningen af disse ikke kan siges at være 'skjult' nogen erhvervshemmeligheder.²⁷ Efter markedsføringen af produktet vil ofte enhver hemmelighed m.h.t. produktets eksistens, sammensætning og fremstillingsmetode være prisgivet; jfr. kap. 2.2.3.2, og det er således også for tidligere ansatte berettiget at anvende deres viden om produktet til at fremstille et konkurrerende produkt; jfr. dog kap. 3.2.3 og 3.2.4. Dette skal ses i lyset af den i kap. 6.1.2.2. gennemgåede U 1983.105 HD - Slipmiddel - hvor en mere kompliceret analyse var nødvendig, og da en sådan ikke var mulig på den angivne tid, måtte der være anvendt internt kendskab; jfr. også den nedenfor nævnte U 1982.1149 Shd.

U 1982.1149 SHD - Rulletransportbåndet - Virksomheden H fremstillede et rulletransportbånd, der i Danmark forhandlede af W. Et års tid efter at W uden varsel havde ophævet samarbejdet, påbegyndte virksomheden L med W som direktør markedsføring af et konkurrerende rulletransportbånd, som L og W selv havde fremstillet. Retten fastslog først, at de 2 transportbånd ikke var forvekslelige for en sådan kyndig køber, som kom på tale i dette tilfælde.²⁸ Spørgsmålet i denne henseende var imidlertid, om W havde anvendt sit kendskab til H's produkter på en måde, der var i strid med hans forpligtelser efter mfl. § 9. Retten fastslog, at W - udover at han havde haft H's system som forbillede - havde anvendt sin viden og noget materiale, som han havde fået fra H som dennes forhandler. Retten formulerer overtrædelsen af forpligtelsen efter mfl. § 9 således: "... gjort brug af sit indgående kendskab som forhandler af sagsøgerens rulletransportsystem og af materiale ... særligt den til ham udleverede prøveskinne, ved udviklingen af det ... (af L) ... producerede og markedsførte rulletransportsystem ...". Der var her tale om et

²⁷ Se også utrykt Shd i sag H 592/84 afsagt 6/5-87 - Aalborg Hydraulic, U 1986.268 Shd - Ceolein, U 1920.888 HD - Formaldehyd og ovenfor kap. 2.2.3.

²⁸ Se om dette spørgsmål kap. 3.2.3.

komplikeret produkt, der ikke kunne fremstilles blot på grundlag af en analyse, og som konkret også blev fremstillet på grundlag af materiale fra H. Det skal bemærkes, at to af rettens fem dommere fandt, at der var skabt et sådant nyt produkt, at der ikke kunne siges at være anvendt viden i strid med markedsføringsloven.

Der er et tæt samspil mellem hemmelighedskravet som betingelse for forpligtelsen i mfl. § 9 og mulighederne for ved en simpel analyse af virksomhedens produkt at opnå en tilsvarende viden. Hvis det er nødvendigt at foretage mere indgående analyser af virksomhedens produkt for at afsløre hemmelighederne, vil der ud fra det anvendte tidsforbrug kunne etableres en formodning for, at den ansatte - ved valg af analyseform og udelukkelse af produktionsalternativer - har anvendt sit kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder - jfr. også kap. 6.1.2.1. Forpligtelsen iht. mfl. § 9 er således klart relativ, jfr. kap. 2.2.3 og 6.1.1, men det må p.d.a.s. præciseres, at uanset at der eventuelt ikke længere er knyttet erhvervshemmeligheder til et produkt, idet en simpel analyse kan muliggøre fremstilling af et tilsvarende produkt, så er der ikke herved fri adgang til slavisk at kopiere dette; jfr. kap. 3.²⁹

6.1.2.5. Vurdering

Misligholdelse af en forpligtelse iht. mfl. § 9 må vurderes på grundlag af hver enkelt konkret handling. Det må bevises, at der eksisterer en erhvervshemmelighed for virksomheden, at netop denne konkrete ansatte har haft kendskab til den relevante viden, samt at han har anvendt denne i strid med mfl. § 9. Der må klart stilles krav til tilregnelsen, således at der kun statueres krænkelse, hvis den ansatte kendte eller burde kende forholdet og burde vide, at virksomheden betragtede

²⁹ Jfr. Koltvedgaard s. 317. Ståhlros s. 320 - hemmeligheden skal efter markedsføringen være svært tilgængelig for at være bevaret. Se særligt om tidligere ansatte kap. 3.2.3.

dette som så beskyttelsesværdigt, at der skulle iagttages diskretion med hensyn hertil; jfr. hemmelighedskravet kap. 2.2.3.³⁰

Der skal foretages en afvejning af den ansattes og virksomhedens modstående interesser, hvor udgangspunktet for vurderingen er, at der alene påhviler de ansatte en tavshedspligt i forhold til virksomhedens erhvervshemmeligheder. Det vil således være muligt - omend for højt kvalificerede medarbejdere vanskeligt jfr. kap. 6.1.2.2 og 6.1.2.3 - at etablere eller tage ansættelse i konkurrerende virksomhed, uden at forpligtelsen iht. mfl. § 9 herved krænkes. Beskyttelsen for en virksomhed er med andre ord relativ, idet den såvel afhænger af, om forholdet er noget særligt for virksomheden, hvor enkelt det er at nå til et tilsvarende resultat, hvilke foranstaltninger virksomheden selv har foretaget for at hemmeligholde dette, som af den ansattes funktion i virksomheden og individuelle forkundskaber.

Ansættelse i en konkurrerende virksomhed vil i høj grad føre til en risiko for misligholdelse af tavshedspligten iht. mfl. § 9. Det vil dog være vanskeligt at bevise misbrug af den ansattes kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder, medmindre der ved syn og skøn kan påvises ændringer i den konkurrerende virksomheds produkter, der kan betragtes som et bevis på, at den ansattes forpligtelse efter § 9 er krænket.³¹ Det vil således være af afgørende betydning at dokumentere, at samarbejdet overhovedet ikke kan forløbe, uden at forpligtelsen iht. mfl. § 9 misligholdes. Anderledes forholder det sig, hvis den tidligere ansatte *selv etablerer konkurrerende virksomhed*. Som gennemgået i kap. 6.1.2.2 og 6.1.2.3 vil det være vanskeligt at forestille sig en situation, hvor en medarbejder med

³⁰ Jfr. U 1975.1049 HD og U 1982.1149 Shd, hvor der selvstændigt tages stilling til hhv. om han kender det beskyttelsesværdige forhold, og om den forpligtede kender hemmeligholdelsespligten. Det subjektive forhold vil sædvanligvis alene vedrøre det retlige spørgsmål - hvorvidt en given handling er retsstridig.

³¹ Ståhlros s. 80 - alene dele af 'det hemmelige' behøver være afsløret, for at man kan gribe ind. Jfr. det ovenfor og i kap. 6.1.2.1 nævnte om hastigheden i udviklingen af et konkurrerende produkt som bevis for misbrug.

indgående kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder starter konkurrerende virksomhed, uden at han herved nødvendigvis må krænke sin forpligtelse efter mfl. § 9. Bevisbyrden for misligholdelse vil i denne situation være lettere at løfte, især som nævnt hvis den konkurrerende virksomhed resulterer i produkter, der kan være genstand for syn og skøn.

Findes forpligtelsen iht. mfl. § 9 at være krænket, ligger der heri en klar subjektiv vurdering, således at pligtkrænkelsen kan udgøre ansvarsgrundlag i en *erstatningssag*.³² Også her volder tabsdokumentationen problemer, men domstolene er mere tilbøjelige til at tilkende nominelt store erstatninger. Dette sker sandsynligvis under hensyntagen til, at begge parter nu er erhvervsdrivende, misligholdelsens vitale betydning for virksomheden og de heraf følgende store tabs- og gevinstmuligheder; jfr. kap. 8.

Udgangspunktet for forbudsreaktionen er, at forbud skal være nødvendigt for at værne 'rekvirentens' ret, og at det alene er selve det retsstridige forhold, der kan forbydes. Imidlertid vil også følgevirkningerne af det retsstridige forhold - som f.eks. et produkt, der er resultatet af en pligtkrænkelse - kunne forbydes,³³ hvorimod det uden konkurrenceklausul ikke vil være praktisk muligt - jfr. diskussionen herom i kap 6.1.2.1 - 6.1.2.3 - at lukke selve den ansattes konkurrerende virksomhed eller at forbyde samarbejdet med en sådan. Forbud kan rettes mod en konkurrerende produktion (eller enkelte produkter), men der vil ofte være en

³² U 1930.246 HD - Piskefløde, U 1975.1049 HD - Dancom, U 1978.305 Shd - Plantefibertablet, U 1982.1149 Shd - Rulletransportbånd, U 1983.105 HD - Slipmiddel, U 1986.268 Shd - Ceolein, utrykt Shd i sag H 620/83 afsagt 22/6-87 - Bagerienzym.

³³ Et tilfælde af denne art sås i U 1982.1149 SHD - Rulletransportbåndet - hvor anvendelsen af rekvirentens erhvervshemmeligheder ved fremstillingen af det konkurrerende produkt foranledigede, at den tidligere forhandler tilpligtedes at ophøre med salget og destruere restlageret af sit produkt. Forbuddet havde sandsynligvis ikke nogen reel effekt, da produktet var videreudviklet. En tilsvarende situation forelå i U 1986.268 SHD - Ceolein - men der blev her alene nedlagt fogedforbud mod henvendelse til virksomhedens kunder; jfr. kap. 2.2.3.2 Se også U 1978.298 Shk. Se også Markedsret s. 236.

blanding af krænkelse af mfl. § 9 og af virksomhedens øvrige beskyttelsesværdige forhold såsom kunderelationer, således at forbuddet også - eller alene - rettes imod henvendelse til disse.³⁴

Mfl. § 9 krænkes sædvanligvis for at konkurrenten kan få et forspring i konkurrencen, hvor udvikling af et produkt fra grunden af vil tage lang tid og være kostelig. Hvis sagen først afgøres efter udløbet af det tidsrum, som konkurrenten uden krænkelsen skulle bruge på at udvikle et konkurrerende produkt, vil forbud på dette tidspunkt ikke være rimeligt.³⁵ I U 1975.1049 HD - Dancom - ønskede højesteret ikke - efter flere års forløb (fogedforbuddet var ophævet af landsretten som for ubestemt formuleret) at forbyde den forpligtede: "... i modsætning til andre .." at fremstille de omhandlede anlæg. Dette begrundedes bl.a. med, at krænkelsen hovedsagelig var karakteriseret ved et tidsmæssigt forspring. En tilsvarende begrundelse ses i afgørelsen U 1974.463 HD - Blomin - hvor en simpel analyse kunne afsløre hemmeligheden; se om den tidsmæssige udstrækning kap. 14. Hvis sagen derimod afgøres på et tidligere tidspunkt - eller der evt. nedlægges fogedforbud - vil forbud kunne nedlægges for at imødegå den tidsmæssige gevinst i udviklingen og markedsføringen.³⁶

³⁴ I U 1983.105 HD - Slipmiddel - blev der alene nedlagt forbud imod at rette henvendelse til arbejdsgiverens kunder, selv om krænkelsen af mfl. § 9 bevistes igennem analyse af det konkurrerende produkt. Der forelå tillige en krænkelse af mfl. § 1, begrundet i en henvendelse til virksomhedens kunder; jfr. også U 1986.268 Shd - Ceolein. Forbud mod at fremstille produkterne har ofte mindre interesse end forbud mod henvendelse til kunderne; produkterne videreudvikles løbende - jfr. U 1982.1149 Shd - hvorimod kunderelationerne kan bevares for fremtiden.

³⁵ Det kan vel ikke udelukkes - selv efter det for udviklingen af et konkurrerende produkt nødvendige tidsrum er forløbet - at erhvervshemmelighederne kan være bevaret, og at det vil være en økonomisk fordel at anvende disse; omend det antagelig kun undtagelsesvist vil være tilfældet, når henses til analysemulighederne og den hastige tekniske udvikling - jfr. nærmere i kap. 14.

³⁶ Jfr. Munch i U 1981B.45ff. Straffemuligheden anvendes sædvanligvis ikke - jfr. dog U 1975.1049 HD - Dancom og kap. 11.

Fogedforbud er også her af betydelig interesse, idet forbud mod en konkurrerende produktion eller henvendelse til virksomhedens kunder effektivt kan hindre den forpligtede i at få økonomisk gevinst af sin misligholdelse på virksomhedens bekostning. P.g.a. forpligtelsens skarpere afgrænsning end i kap 3 - 5 vil muligheden for at nedlægge fogedforbud klart være til stede.³⁷ Forpligtelsens relative karakter vil dog ofte føre til, at nedlæggelse af fogedforbud vil være usikker; især i situationer hvor forpligtelsen iht. mfl § 9 eller krænkelsen heraf som følge af produktets enkle karakter er tvivlsom.

Søgsmål begrundet i misbrug af kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder rettes ofte mod såvel den forpligtede som den konkurrent, der samarbejder med ham; jfr. kap. 2.2.3.3 og mfl. § 9, stk. 4. Et lønsomt misbrug af virksomhedens erhvervshemmeligheder kræver ofte, at den forpligtede enten foretager store investeringer eller samarbejder med en virksomhed, der har produktionsapparatet og markedsføringsmulighederne. Et forbud eller et erstatningsansvar vil da påhvile begge parter.³⁸

6.2. Erhvervshemmeligheder - aftaleregulerede forhold

Kendskab til virksomhedernes erhvervshemmeligheder som grundlag for opretholdelse af konkurrenceklausuler må anses for at være ganske selvfølgeligt. Dette fremgår da også af FUL § 18, hvorefter funktionærer, der ikke er særligt betroede, med retsvirkning kan indgå på en konkurrenceklausul med deres arbejdsgiver i forbindelse med aftale om overgang af udnyttelsesretten til en af den pågældende medarbejder gjort opfindelse. Dette er et naturligt sidestykke til lov om arbejdstageres opfindelser, men det må også anses at legitimere, at ansatte

³⁷ Jfr. U 1983.105 HD og U 1986.268 Shd, hvor der var såvel en misligholdelse af mfl. § 9 som af § 1. Forbuddet rettedes mod henvendelse til virksomhedens kunder.

³⁸ U 1930.246 HD - Piskefløde, U 1968.576 HD - Reska (vedr. mfl. § 1), U 1975.1049 HD - Dancom, U 1980.717 HD - Krøyer, U 1982.1149 Shd - Rulletransportbånd, U 1986.268 Shd - Ceolein.

personer - der er 'særligt betroede' - kan pålægges konkurrenceklausul alene på grundlag af deres kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder.

Grunden til at der skal fæstnes mere end et par ord på dette punkt, er den omstændighed, at mfl. § 9 regulerer erhvervshemmeligheder i relation til tavshedspligt, og den omstændighed, at i de fleste domme om konkurrenceklausuler med grundlag i virksomhedens erhvervshemmeligheder, har den ansatte også haft forbindelse med virksomhedens forretningsforbindelser, til ex. kunder, leverandører og agenturgivere.³⁹

Udgangspunktet for en bedømmelse af berettigelsen af at pålægge en ansat en konkurrenceklausul med baggrund alene i virksomhedens erhvervshemmeligheder må være en overvejelse over, hvorvidt konkurrenternes kendskab til de her nævnte forhold kan påvirke virksomhedens konkurrenceevne. Dette behøver ikke nogen dybere behandling, da netop dette forhold er begrundelsen for indførelsen af specialbestemmelsen i mfl. § 9. Endvidere må det undersøges, hvorvidt virksomhederne er tilstrækkelig beskyttet ved mfl. § 9. Hvis dette er tilfældet, vil en konkurrenceklausul på urimelig måde kunne indskrænke den forpligtedes adgang til erhverv eller i hvert fald være unødvendig til beskyttelse af virksomhedens konkurrenceevne.⁴⁰

I alle tilfælde, hvor den ansatte *etablerer egen virksomhed* - alene eller i samarbejde med andre - og denne virksomhed har en målsætning, der fører den ud i konkurrence med den tidligere arbejdsgiver eller det ofte lettere konstaterbare, at dens produkter konkurrerer med den tidligere arbejdsgivers, må det være spørgs-

³⁹ Se f.eks. Levin s. 96 og Hemmelighed s. 29. f. Jfr. U 1978.321 HD - Chefkonsulent, U 1981.731 Vld - Slidbanedæk, U 1983. 157 HD - Boll og Kirsch - jfr. kap. 3.4. U 1983.105 HD - Slipmiddel - jfr. kap. 4.2.1.

⁴⁰ Se herom tankegangen i bet. 1022/1984 s. 30 og komm. aftalelov s. 209; cfr. dog Nød II s. 211. Se om anvendelsen af markedsføringsloven i en situation, hvor der er aftalt en konkurrenceklausul - kap. 2.4.4.

målet, om denne virksomhed overhovedet kan finde sted, uden at mfl. § 9 overtrædes. I disse situationer vil vedtagelse af en konkurrenceklausul kunne være af afgørende betydning, idet en konkurrenceklausul vil overflødiggøre såvel kravet til at bevise en overtrædelse af mfl. § 9 som kravet til at afgrænse virksomhedens erhvervshemmeligheder overfor den ansattes egne kvalifikationer.

Omvendt vil *ansættelse i en konkurrerende virksomhed* ikke nødvendigvis føre til, at den ansatte røber erhvervshemmeligheder, omend det må befrygtes, at den blotte mulighed herfor kan friste den nye arbejdsgiver og den ansatte over evne, ligesom det ikke kan frakendes enhver værdi, at det er så godt som umuligt - bortset fra tilfælde hvor der markedsføres et nyt produkt fra den konkurrerende virksomhed, og dette kan underkastes syn og skøn⁴¹ - konkret at bevise, at den ansatte i sin nye stilling røber virksomhedens erhvervshemmeligheder til gavn for konkurrenten.

Tilsvarende vil de i kap. 6.1.2.3 behandlede situationer afgørende tale til fordel for mulighederne af at vedtage en konkurrenceklausul. Det blev her fastslået, at en forskningsleders samarbejde med konkurrenterne ikke vil kunne forløbe uden at krænke forpligtelsen iht. mfl. § 9, men misligholdelsen af forpligtelsen iht. mfl. § 9 vil kun helt undtagelsesvist kunne mødes med forbud mod dette samarbejde.

I de tilfælde, hvor den ansatte har kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder, må det af disse grunde være berettiget, at virksomheden til varetagelse af sine interesser pålægger de ansatte konkurrenceklausuler. Herved afskæres de fra at tage ansættelse i konkurrerende virksomheder alene på grund af *den potentielle fare, der ligger i samarbejdet mellem medarbejderne og konkurrenterne*. Til støtte herfor kan også anføres argumentationen i U 1983.157 HD, hvor muligheden for

⁴¹ Se om syn og skøn f.eks. ved etablering af egen virksomhed - U 1983.105 HD - Slipmiddel, og ved assistance til konkurrent - se U 1986.268 Shd - Ceolein.

et samarbejde mellem agenturgiverne og de ansatte i sig selv kunne bære opretholdelsen af en konkurrenceklausul.⁴²

Retspraksis vedr. afgørelser, hvor grundlaget for konkurrenceklausulen alene er virksomhedens erhvervshemmeligheder, bekræfter til dels disse synspunkter.

U 1974.294 HD - Sauer⁴³ - S måtte antages at have kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder - i hvert fald måtte 'S' kendskab til "system 10" karakteriseres således. Ud fra en samlet vurdering opretholdtes konkurrenceklausulen - primært vurderet ud fra stillingen som systemfuldmægtig - en almindelig teknisk lederfunktion. Imidlertid må der lægges vægt på, at S ikke var i en sælgerfunktion, idet virksomheden havde en særlig afdeling hertil. Med S' egen forklaring arbejdede han mest på de interne linier - i hvert fald i de senere år.

U 1955.223 HD - Tilskæreren - tilskærer O fik ansættelse hos regnfrakkefabriken N. Han forpligtede sig i den forbindelse til ikke at tage ansættelse hos 4 navngivne fabrikker eller evt. nye virksomheder, der måtte blive oprettet. Som begrundelse for at pålægge konkurrenceklausul blev det anført, at O var en meget dygtig skrædder, at han havde et indgående kendskab til N's fabrikations- og fremstillingsmetoder, og at man anså N's tilrettelæggelse af arbejdet for beskyttelsesværdig. Ud fra disse oplysninger må N's forhold betragtes som erhvervshemmeligheder, selv om grænsen er flydende over til den faglige dygtighed. Konkurrenceklausulen blev opretholdt, og den fandtes ikke at være i strid med aftl. § 38.^{44 45}

U 1934.145 VD - Stålvinduer - ingeniør G antoges af virksomheden P til at varetage en nyoprettet produktion af stålvinduer. En konkurrenceklausul om

⁴² Se om U 1983.157 HD - kap. 3.4. I dommen var beskyttelsen af virksomheden begrundet i, at det skulle være muligt at introducere et alternativt produkt i kundekredsen. Se tilsvarende kap. 4 om mulighederne for uforstyrret at introducere en ny sælger i kundekredsen. Se også Munch i U 1981B.45ff (s. 47).

⁴³ Gennemgået i kap. 3.4.

⁴⁴ Se også U 1962.259 Shd - Værkfører - hvor den forpligtede må antages alene at have kendskab til virksomhedens indre forhold - produktionen - og det er dette kendskab der motiverer opretholdelsen af konkurrenceklausulen, jfr. aftl. § 38; jfr. også U 1933.971 Øld - Værkfører.

⁴⁵ Alligevel blev O frifundet, idet N alene havde påstået vederlaget for påtagelsen af konkurrenceklausulen tilbagebetalt, og dét fandt retten intet grundlag for; og der var ikke iøvrigt anført konsekvenser af overtrædelse i kontrakten.

i tre år ikke at lade sig engagere hos fabriker, der fabrikerede stålvinduer, blev opretholdt i sin fulde udstrækning. Ud fra oplysningerne i dommen må det antages, at G alene har haft med selve fabrikationen at gøre, og den eneste begrundelse for opretholdelsen af konkurrenceklausulen var således hans kendskab til fabrikationsmetoderne og de til fremstillingen anvendte maskiner.

Tillige kan nævnes U 1968.117 Shd - Melitta - I virksomheden V ledede H afdelingen for fremstilling af kaffefiltre - en fremstilling der måtte anses at indebære et kendskab til erhvervshemmeligheder.⁴⁶

Heroverfor står U 1942.644 Shd - farvemøllen - hvor P var ansat som teknisk leder af produktionen uden kundekontakt. På trods af ansættelse i et konkurrerende firma blev P frifundet for overtrædelse af konkurrenceklausulen. Virksomhedens reelle interesse ansås at ligge i, at P ikke røbede de fabriktionshemmeligheder - nogle recepter - som han var blevet bekendt med i sin hidtidige ansættelse. Dette resultat må ses ud fra, at virksomheden konkret ikke havde påstået, at P røbede nogen fabriktionshemmeligheder, og at de ikke havde bevist, at de relevante fabriktionshemmeligheder var røbet; (hvad der netop heller ikke skulle være nødvendigt, når der var vedtaget en konkurrenceklausul).

Ud fra denne gennemgang kan det slås fast, at retspraksis anerkender behovet for - ud over beskyttelsen iht. mfl. § 9 - at anvende konkurrenceklausuler overfor ansatte, der alene har kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder.⁴⁷ De nævnte domme har primært omhandlet ansatte i produktions- og udviklingsafdelinger og dermed tekniske erhvervshemmeligheder, hvortil kendskab har afgørende betydning for virksomhedens konkurrenceevne på såvel kort som langt sigt. I erhvervshemmelighedernes væsentlige betydning for virksomhederne, den

⁴⁶ V overdrog maskiner og værktøjer til Melitta og udsendte i denne forbindelse et cirkulære til kunderne, hvor man meddelte, at V ophørte med fabrikation af kaffefiltre - uden oplysning om overdragelsen til Melitta. H etablerede egen produktion af kaffefiltre, og V fik nedlagt forbud herimod - på grundlag af en konkurrenceklausul. Forbuddet ophævedes af retten, idet V ikke ansås at have nogen interesse i at kræve klausulen overholdt for at værne imod konkurrence fra H's side. Dette resultat må ses ud fra, at virksomheden reelt ophørte med at producere kaffefiltre, og at der ikke var nogen overdragelse af kunder, goodwill eller af virksomheden som sådan. Konkurrenceklausulen skulle således ikke længere værne imod konkurrence i forhold til virksomheden, men alene i forhold til en tredje part, der ikke var indtrådt i klausulen. Se herom Carlsen s. 377 og Palmgren s. 129ff

⁴⁷ Cfr. Nørgaard i Komm. aftalelov s. 209.

snævrere beskyttelse af virksomhederne i mfl. § 9 - sammenholdt med de magre bevismæssige muligheder for at konstatere en krænkelse af mfl. § 9 - ligger rimeligheden af at acceptere en *aktivitetsbegrænsende* konkurrenceklausul som regulering af tavshedspligten efter mfl. § 9; jfr. kap. 2.4.3.⁴⁸

Imellem selve forpligtelsen i henhold til mfl. § 9 og en egentlig aktivitetsbegrænsende konkurrenceklausul findes de såkaldte *hemmeligholdelsesklausuler*. Sådanne kan - ud over i ansættelsesforhold - anvendes f.eks. ved forhandlinger om fremtidigt samarbejde mellem uafhængige virksomheder. I en sådan klausul kan objektet for forpligtelsen i henhold til mfl. § 9 og hemmeligholdelsesforpligtelsen præciseres, ligesom der kan knyttes konventionalbodsbestemmelser hertil. Fordele ved en hemmeligholdelsesklausul er, at der alene ved præciseringen af forpligtelserne er større mulighed for at bevare erhvervshemmelighederne og for at gribe ind over for eventuelle krænkelse. Det kan imidlertid ikke anbefales ved forhandlinger med konkurrerende virksomheder alene at holde sig til en sådan klausul, idet beviset for krænkelse af forpligtelsen i henhold til klausulen kan være overordentlig vanskeligt at føre, og da skaderne kan være helt uoverskuelige.

6.3. Vurdering - hvad opnås med en konkurrenceklausul.

Vedtagelsen af en konkurrenceklausul kan afgørende ændre parternes retsstilling, fra en forpligtelse til at være loyal og bevare tavshed vurderet ud fra hvert enkelt beskyttelsesværdigt forhold i virksomheden til et konkurrenceforbud, hvor den ansatte er forpligtet til ikke at tage ansættelse i - eller etablere - konkurrerende virksomhed. Ofte vil det være afgørende for konkurrenceklausulens udformning, at virksomheden materielt sikres en bedre beskyttelse, end hhv. markedsføringslovens §§ 9 og 1 og loyalitetspligten giver. Beviset for krænkelse kan uden konkurrenceklausul være svært at føre, og det kan være nytteløst, hvis skaden er sket - for-

⁴⁸ Kendskab til kommercielle erhvervshemmeligheder vil sædvanligvis indebære, at den forpligtede har en udadvendt funktion i virksomheden. Se herom U 1978.321 HD - Chefkonsulent, U 1981.731 Vld - Slidbanedæk, U 1942.94 HD - Kundelister og U 1958.674 Shd - Flash; jfr. kap. 3.4.

pligtelsen er krænkede; her vil det være interessant at kunne gribe ind på et tidligere stadie; jfr. kap. 6.2.⁴⁹ Vedtagelsen af en konkurrenceklausul - og af en hemmeligholdelsesklausul - kan således lette beviset for, at virksomhedens viden kan karakteriseres som erhvervshemmeligheder, at den forpligtede kender den omhandlede viden, og at han er klar over dens karakter af hemmelighed og dermed alene herved bevirke en reel materiel ændring af den ansattes og virksomhedens retsstilling.

Uden konkurrenceklausul kan virksomheden kun kræve beskyttelse af den viden, som er noget særligt for denne. Medarbejderne har ret til - som grundlag for anden ansættelse m.v. - at anvende deres oprindelige kvalifikationer, der ikke kan betragtes som erhvervshemmelighed for virksomheden. Med en konkurrenceklausul er hensynene anderledes, og det vil blive vurderet, hvorvidt en handling er en misligholdelse af forpligtelsen i konkurrenceklausulen. *Enhver form for ansættelse* m.v. i konkurrerende virksomhed vil her kunne aftales som værende retsstridig, når den ansatte kender virksomhedens beskyttede viden og dermed opfylder kravene til betroelse; uanset at der i det nye ansættelsesforhold alene angives at ville blive anvendt viden, som ikke er beskyttet som erhvervshemmelighed for virksomheden, hvis blot der er mulighed herfor.⁵⁰

Mulighederne for at anvende *retsmidler* ændrer sig ved vedtagelsen af en aktivitetsbegrænsende konkurrenceklausul. Som grundlag for såvel forbud som er-

⁴⁹ Præciseringen af virksomhedens principielle beskyttelsesområde kan betyde en reel materiel ændring af parternes retsstilling, da mulighederne for indgriben kan tage udgangspunkt heri, jfr. U 1980.717 HD - Krøyer - hvor klausulen modsvarede, at en vis indskrænkning i den ansattes handelfrihed var nødvendig af hensyn til virksomheden, men - jfr. samme dom - effekten af klausulen er tvivlsom uden f.eks. en bestemmelse om konventionalbod.

⁵⁰ Se om fortolkning af konkurrenceklausuler U 1967.933 Vlk - Flygt pumper - hvor alene det forhold, at den nye arbejdsgiver i et mindre omfang beskæftigede sig med konkurrerende produkter, udgjorde en misligholdelse af konkurrenceklausulen; uden hensyn til om den forpligtede beskæftigede sig hermed. Se også afvejningen af hensyn til hhv. virksomheden og den ansatte; kap. 2.3.3 og 2.3.4.

statningsreaktionen vil det være afgørende at vurdere, hvorvidt forpligtelsen i konkurrenceklausulen er misligholdt.⁵¹ Heri indgår der en vurdering af de subjektive forhold, hvor en konstateret misligholdelse som absolut udgangspunkt vil kunne danne grundlag for nedlæggelse af forbud og udgøre ansvarsgrundlag i en erstatningssag. Tvistepunktet står sædvanligvis ved, om klausulen overhovedet er gyldig iht. aftl. § 38 eller FUL § 18, og ikke på, om en gyldig klausul kan danne grundlag for et forbud. Dette har naturligvis afsmittende effekt over til *fogedforbud*, hvor det vanskelige bevispunkt er at godtgøre eller sandsynliggøre, at rekviriti handling er retsstridig i forhold til rekvirenten. Når der kan fremlægges en konkurrenceklausul, hvoraf det fremgår, at den påståede handling er retsstridig iht. parternes aftale, så følger det af fast retspraksis, at også fogedforbud kan nedlægges; om fogedforbud nærmere i kap. 10.

En konkurrenceklausul baseret på, at den ansatte har arbejdet med virksomhedens erhvervshemmeligheder, vil som absolut udgangspunkt ikke blive tilsidesat efter FUL § 18; jfr. kap. 12.⁵² Misligholdelsen af en sådan konkurrenceklausul vil kunne begrunde et forbud mod selve etableringen af - eller samarbejde med - en konkurrerende virksomhed.⁵³ Det skal dog også her fremhæves, at en konkurrenceklausul sjældent alene har virksomhedens erhvervshemmeligheder som grundlag, idet der kan være involveret såvel lederfunktioner som samarbejde med virksomhedens forretningsforbindelser; jfr. kap. 3.4 og 5.3.3, men dette vil blot

⁵¹ Jfr. kap. 4.3.2 med henv. vedr. spørgsmålet om fortolkning af konkurrenceklausuler. Konkret kan en konkurrenceklausul blive tilsidesat - jfr. U 1955.223 HD - Tilskæreren - hvor den forpligtede blev frifundet, idet klausulen ikke hjemlede grundlag for påstanden om tilbagebetaling af vederlag. Se også U 1968.117 Shd - Melitta - hvor virksomheden var ophørt.

⁵² Se dog U 1933.971 Øld - Værkfører - hvor klausulen blev tilsidesat, da den ikke omfattede almindeligt værkstedsarbejde; cfr. U 1981.731 Vld - Slidbanedæk - hvor en påstand om alene at beskæftige sig med værkstedsarbejde i den konkurrerende virksomhed blev tilsidesat og klausulen opretholdt. I samme retning U 1967.933 Vlk - Flygt Pumper. Se også U 1942.644 Shd - Farvemøllen - der forekommer at være af tvivlsom rigtighed.

⁵³ Jfr. U 1974.294 HD - Sauer og U 1968.117 Shd - Melitta, hvor forbuddet af andre grunde blev ophævet. Se også U 1934.145 Vld - Stålvinduer.

bidrage til at opretholde konkurrenceklausulen i fuld udstrækning. Som omtalt ovenfor i kap. 3 - 5 er konkurrenceklausulen oftest ledsaget af vedtagelsen af en konventionalbod, der er forfalden ved misligholdelsen.

Der er ikke samme skarpe forskel - som i kap. 3 - 5 - i forhold til situationen uden konkurrenceklausul, hvor beskyttelsen af virksomhedens erhvervshemmeligheder er vital i forhold til højtplacerede medarbejdere. I begge situationer vil det være muligt at anvende fagedforbud imod misligholdelse af forpligtelsen, hvis denne resulterer i *konkurrerende produkter*; jfr. U 1983.105 HD - Slipmiddel og U 1986.268 Shd - Ceolein. Forskellen bliver mere markant i forhold til medarbejdere beskæftiget med *forskning og udvikling* af virksomhedens produkter, idet de med en konkurrenceklausul uden videre kan afskæres fra dét samarbejde med en konkurrent, der afgørende kan skade virksomheden.⁵⁴ Hvis der er tvivl om, hvorvidt virksomhedens forhold kan karakteriseres som erhvervshemmeligheder - eller hvorvidt den forpligtede kender disse eller har misbrugt sit kendskab hertil - vil en konkurrenceklausul ikke stille virksomheden stort anderledes end uden konkurrenceklausul, idet der vil være så stor tvivl om konkurrenceklausulens berettigelse, at fagedforbud sansynligvis ikke vil blive nedlagt; jfr. kap. 12 om betroelse og kap. 10 om fagedforbud. Det vil i disse tilfælde i en senere retssag kunne være afgørende for overhovedet at få nogen compensation for den skete skade, at konkurrenceklausulen er ledsaget af en rundeligt afmålt konventionalbod.

⁵⁴ Hvis den forpligtede etablerer sig uden for Danmark - jfr. U 1962.259 Shd, utrykt Shd i sag H 592/1982 afsagt 5/4 - 1984 - Asfaltmaskiner og måske utrykt Shd i sag H 620/83 afsagt 22/6-1987 - Bagerienzymer, er denne mulighed tvivlsom; jfr. også kap. 7, og kap. 16 vedr. konkurrenceklausulers geografiske udstrækning.

Afsnit III Retsmidlerne

KAPITEL 7 VISSE FÆLLES PROBLEMER¹

Virksomhedernes grundlæggende interesse er, at de tidligere ansatte overholder deres loyalitetspligt, deres tavshedspligt i.h.t. mfl. § 9 og en evt. konkurrenceklausul. I konsekvens heraf er det væsentligt, at en retsstridig krænkelse af disse pligter bringes til ophør, at konkurrenten erstatter den skete skade, og at samfundet misbilliger handlingen ved at pålægge konkurrenten straf.

Det er endvidere i virksomhedernes interesse, at retsmidlerne anvendes således, at konkurrenterne i videst mulig udstrækning afholder sig fra ethvert forsøg på at krænke virksomhedernes særligt beskyttede forhold. Denne præventive effekt nås, hvis sanktionerne udformes således, at det er klart for den tidligere ansatte og andre konkurrenter, at der ikke vil kunne opnåes økonomisk gevinst ved forehavendet, og at det risikeres, at de allerede foretagne investeringer ikke kan anvendes. Et i denne henseende effektivt sanktionsapparat er afgørende for beskyttelsen af virksomheden.²

I dansk ret er det den almindelige antagelse, at hvis en handling er retsstridig i forhold til en virksomhed, står det principielt åbent for virksomheden at anvende de retsmidler, lovgivningen stiller til rådighed for den aktuelle krænkelse; jfr. kap. 1.2.³ Markedsføringsloven er dog ikke direkte anvendelig som grundlag herfor,

¹ Markedsret s. 96, 154f og 185ff, Bernitz immaterialrätt 1987 s. 197ff, SOU 1983:52 s. 271ff, Koktvedgaard - lærebog s. 274ff, Palmgren s. 179ff og 192ff, Plesner i NIR 1986.367ff, Krüger Andersen s. 300f, Koktvedgaard i J 1966.49ff.

² SOU 1983:52 s. 267 ff, Komm. Patentlov 79 s. 284, Bod s. 1ff, Hemmelighet s. 2f - erhvervshemmeligheder er så vanskelige at beskytte, at en effektiv hjælp fra samfundet er nødvendigt for at holde 'erhvervsspionagen' stangen.

³ Jfr. Plesner i NIR 1981.18ff, samme i NIR 1986.367ff og Koktvedgaard i J 1966.49ff. Se også betænkning 1107/1987 om forbud s. 53ff og Gomard Fogedret 3. udg. s. 355ff.

idet det er en offentligretlig lov, der kan danne grundlag for en strafsanktion.⁴ Lovens civilretlige virkning består i, at den kan danne grundlag for forbudsdom, fagedforbud og erstatning.⁵

Retsstridighedsvurderingen vil bero på de involverede materielle regler, pligtforholdets karakter og handlingens art. Kriterierne i denne afvejning er påvist i kap. 1.2 og 3 - 6, og de vil alene blive fremdraget her, hvor det er nødvendigt til forståelse af anvendelsen af hvert enkelt retsmiddel.

Det skal præciseres, at alene det danske retssystem behandles. Som gennemgået i kap. 16 har virksomhederne et generelt, ikke geografisk begrænset behov for beskyttelse imod konkurrerende virksomhed. Det vil her alene være afgørende at afgrænse den enkelte virksomheds marked i produktmæssig og geografisk henseende. I forbindelse med spørgsmålet om *anvendelse af retsmidler* mod en aktuel krænkelse af loyalitetspligten, af mfl. § 9 eller af en konkurrenceklausul vil det imidlertid kunne være væsentligt, hvorvidt enten de beskyttelsesværdige forhold eller den forpligtede har en tilknytning til Danmark. Hvis den ansatte f.eks. anvender et specialkendskab til virksomhedens udenlandske markeder eller kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder, vil der således kun kunne nedlægges fagedforbud ved en dansk fogedret, hvis den forpligtede har en tilknytning til Danmark.

Et fagedforbud kan nedlægges for en dansk fogedret, hvis der er værneting her i landet i overensstemmelse med reglerne i rpl. § 487. En tilsigelse kan forkyndes i udlandet, og forbuddet kan nedlægges, uanset om den forpligtede møder frem i fogedretten. En kendelse om foreløbigt forbud er omfattet af EF-domskonven-

⁴ Gomard 89 s. 137f og Markedsret s. 185ff.

⁵ Disse civilretlige virkninger er kun nævnt i loven fsv. angår forbudsdom - § 14, men det er såvel i retspraksis som i forarbejderne forudsat, at disse midler står til rådighed for de berørte parter; jfr. Betænkning 416/1966 s. 84ff, jfr. s. 94ff.

tionen - jfr. art. 24 og 25 - og kan principielt håndhæves i de til domskonventionen knyttede lande. Da fogedforbuddet imidlertid er et foreløbigt retsmiddel, og procesformen som følge heraf er summarisk, må det forventes, at det vil blive nøje efterprøvet, hvorvidt den forpligtede er behørigt tilsagt til fogedretsmødet, og om han har haft mulighed for i en kontradiktorisk proces at fremføre sit forsvar. I praksis må mulighederne for at håndhæve et fogedforbud i udlandet antages at afhænge af, om det pågældende land selv opretholder et system som det danske forbudsinstitut.⁶

Dette vil antagelig ofte føre til, at mulighederne for at håndhæve en loyalitetspligt, en forpligtelse iht. mfl. § 9 eller en konkurrenceklausul ved fogedforbud vil afhænge af den forpligtedes mobilitet og af, om de beskyttede forhold har en tilknytning til Danmark.⁷ Det vil i konsekvens heraf ofte være afgørende at have aftalt en konventionalbod, at have vedtaget dansk værneting og valgt danske lovregler.

⁶ Jfr. nærmere International Formueret s. 97ff og s. 127ff. Hvorvidt fogedforbud kan nedlægges ved en udenlandsk domstol, afhænger af de materielle og processuelle regler i det pågældende land.

⁷ En EF-harmonisering af reglerne om illoyal konkurrence og konkurrenceklausuler vil sikre virksomhedernes muligheder for at håndhæve forpligtelsen ved en udenlandsk domstol, men en sådan harmonisering er ikke aktuel.

KAPITEL 8. ERSTATNING¹

I kap. 8.1 belyses erstatningsansvarets præventive funktion, i kap. 8.2 vises alene, at der ved vurderingen af skader i konkurrencesager er store problemer med at bevise, hvilket tab virksomheden har lidt ved konkurrentens handling.² Kap. 8 danner grundlag for kap. 9 om konventionalbod, således at fordelene ved at aftale sig til retsvirkningerne af misligholdelsen fremstår tydeligere.³

Et afgørende punkt i en erstatningssag er, hvorvidt den konkrete virksomhed som følge af konkurrentens handling har lidt et tab, og hvorledes dette dokumenteres. Som gennemgået i kap. 3 - 6 er vurderingen af retsstridigheden og loyalitetspligten ganske kompleks. Selvom retsstridighedsvurderingen og tabsdokumentationen er uafhængige vurderinger, skyldes kompleksiteten også til dels, at skadevirkningerne og virksomhedernes tab kan være vanskelige at opgøre og dokumentere. Det er primært tabets karakter af almindelig formueskade, der vanskeliggør opgørelsen, men herudover ønsker virksomhederne ikke offentlighed om markedsandele, kalkulationsprincipper og - det mere subjektive - at det er gået knap så godt for netop denne virksomhed, idet den har lidt et føleligt tab.⁴

8.1. Erstatningsansvar - den præventive funktion

Der er forskellige begrundelser for at pålægge erstatningsansvar - den genoprettende og den præventive funktion.⁵ Ved konkurrenceskader i erhvervsforhold må erstatningsansvaret som udgangspunkt antages at have en reel præventiv

¹ Palmgren s. 198ff, lærebog i imm.ret s. 279ff, Konkurrenceret s. 111ff, Vinding Kruse 5. udgave s. 338ff, Plesner i NIR 1986.372ff, Kobbernagel I s. 230f, Krüger Andersen s. 300f, Markedsret s. 190, 225ff og 234f.

² Se herom Vinding Kruse 5. udg. s. 306, lærebog i imm.ret s. 279 og Plesner i NIR 1986.443.

³ Palmgren s. 202f

⁴ Kommenteret Patentlov s. 292f, Ussing Alm. del 4. udg. s. 163.

⁵ Jfr. Vinding Kruse 5. udgave s. 73ff, Nørgaard og Vagner s. 25ff, jfr. også SOU 1983:52 s. 273ff.

effekt. Der er for disse skader sædvanligvis ikke tegnet ansvarsforsikring, men skadevolderen kan trods dette ofte betale de forvoldte skader.⁶ Der indgår i konkurrencesager tillige en moralsk vurdering af konkurrentens handling og dette kan give en genoprettende og præventiv effekt, der er anderledes end i andre sager om erstatning.⁷

Tidligere ansatte vil - alene - ofte mangle den økonomiske modstandskraft, der gør et erstatningskrav afskrækkende.⁸ Virksomhederne risikerer således på den ene side i forhold til tidligere ansatte let, at grundlaget for deres konkurrenceevne prisgives, og at de kommer til at stå med et udækket erstatningskrav. På den anden side kan erstatningskravet ofte rettes imod den forpligtedes samarbejdspartnere, og risikoen for i mange år at kunne blive mødt med virksomhedens erstatningskrav kan i sig selv være nok så ubehagelig. Det er således afgørende for den præventive effekt, at erstatning tilkendes i en størrelsesorden, der står mål med virksomhedens tab, og som kan virke afskrækkende på den forpligtede.

Erstatningsreglerne træder først i funktion, når der foreligger en skade. Det er med andre ord i 'bakspejlet', at disse regler fungerer. Dette er problemet ved den præventive funktion i almindelighed og for den 'ramte' part i særdeleshed. Det er væsentligt for virksomheden at kunne forhindre, at skaden opstår - jfr. om forbud kap. 10 - men da forbud ikke altid kan anvendes, vil det være afgørende for den præventive effekt, hvilken praksis der anvendes i erstatningsudmåling og hvilken

⁶ De udmålte beløb er erfaringsmæssigt mindre end det af parterne påståede faktiske tab; jfr. nedenfor kap. 8.2. Dette kan få virksomhederne til at betragte evt. erstatningskrav som nødvendige og forudberegnelige udgifter ved at øge eller fastholde deres markedsandel.

⁷ Jfr. i det hele Vinding Kruse 5. udgave s. 76f. Se herom U 1989.325 Shd - Gori/Sadolin. Det var muligheden for at kunne møde en moralsk misbilligelse med retlige midler, der lå bag indførelsen af forgængerens til mfl. § 9 i 1912 og til krl. § 15 (mfl. § 1) i 1937; jfr. kap. 2.2.

⁸ Straf kunne evt. anvendes i videre udstrækning som en faktor, der motiverer de ansatte til at overholde deres forpligtelser i forhold til virksomhederne; jfr. kap. 11. Se også Hemmelighed s. 23 og SOU 1983:52 s. 316ff.

reaktion, markedet kan forventes at give, når der pålægges erstatningsansvar for en given handling; jfr. også kap. 9 om konventionalbod.

Et erstatningskrav skal vurderes på grundlag af parternes hidtidige samarbejde og ud fra den konkrete forpligtelse og misligholdelsen heraf. De almindelige betingelser for at ifalde erstatningsansvar skal være opfyldt. Ud over ansvarsgrundlaget - jfr. kap. 3 - 6 - skal betingelserne m.h.t. årsagforbindelse og adækvans være opfyldt. Opmærksomheden koncentrerer sig i det følgende om forbindelsen mellem handlingen og skaden, og hvorledes tabet opgøres økonomisk.⁹

8.2. Tabsdokumentation¹⁰

Tabsopgørelsesproblemer er ikke specifikke for konkurrenceretten, men de kendes indenfor hele immaterialretten.¹¹ Problemet udspringer af, at skade og tab her ikke knytter sig til enkelte fysiske genstandes forringelse eller manglende egenskaber. Den retsstridige handling eller misligholdelsen bevirker, at den konkrete virksomheds konkurrenceevne og markedsposition udsættes for forringelse. Denne forringelse kan have forskellige udtryk. På kort sigt vil der ofte kunne konstateres en *mindre afsætning* af virksomhedens produkter. De mere langsigtede effekter af konkurrentens markedsføring af sine produkter vil antage karakter af *markedsforstyrrelse* - typisk p.g.a. disses dårligere kvalitet, anvendelse af andre salgskanaler og lavere pris - alt sammen forhold der kan nedsætte de originale produkters good-

⁹ Der vil ofte være en sammenblanding af tabsdokumentation og erstatningsberegning.

¹⁰ Se generelt herom Stig Jørgensen Kontraktsret II. s. 169ff, Nød II s. 164ff, Ussing Alm. del s. 142ff og samme Erstatningsret s. 169ff, Edb Kontrakter s. 150ff. Virksomhedernes tabsopgørelser vil sjældent blive lagt ukritisk til grund for erstatningsudmålingen. En opgørelse over skadernes art, omfang og betydning for den enkelte virksomhed vil dog danne et godt udgangspunkt for rettens vurdering.

¹¹ Konkurrenceret s. 112f, Koktvedgaard i J 1966.49ff - særligt vedr. ophavsretten, samme i Kommenteret Patentlov 1979 s. 284ff, Lærebog i Immaterialret s. 274ff. Lars Pehrson i 'Ulf 50' s. 89ff - Ersättning vid patentintrång, Plesner i NIR 1986.367ff - referat til 19. Nordiske Møde for Industriel Retsbeskyttelse, Karsten Gaarder i NIR 1968.245ff, Topsøe-Jensen i Sø- og Handelsretten gennem 125 år s. 75ff.

will og dermed virksomhedens økonomiske udbytte.¹² Endvidere kan der tilkendes erstatning med grundlag i 'tidsinteressen', hvorved forstås den fordel konkurrenten har haft i relation til sparede investeringer og hastigere udvikling af egen teknologi. Dette forhold vil ofte knytte sig til enten omsætningsnedgang eller markedsforstyrrelse, men misligholdelsen behøver ikke indebære markedsføring af produkter eller henvendelse til virksomhedens kunder på kort sigt. Trods dette kan misligholdelsen være særdeles skadelig for virksomheden på langt sigt, idet virksomheden mister sit konkurrencemæssige forspring og dermed en del af mulighederne for at genvinde - og få økonomisk udbytte af - sine investeringer.¹³

8.2.1. Konkurrencevurderingen

Udgangspunktet for erstatningsberegningen er ganske klart - virksomheden skal have dækket det fulde individuelle økonomiske tab.¹⁴ Omvendt kan virksomheden alene få erstattet sit tab; uanset at handlingens retsstridighed grunder sig på det nu ophørte samarbejdsforhold eller misligholdelse af en konkurrenceklausul, vil der ikke være grundlag for en revurdering af selve ansættelsesforholdet.¹⁵

Tabet må som udgangspunkt knytte sig til den enkelte virksomheds egne forhold. Det skal således vurderes, hvilken omsætningsnedgang virksomheden aktuelt er blevet påført som følge af den retsstridige handling. Ligeledes skal påvirkningen af virksomhedens goodwill og fremtidige indtjeningsmuligheder vurderes, men uanset

¹² Jfr. også Palmgren s. 200ff.

¹³ Hemmelighedsbeskyttelse baserer sig netop på den faktiske eneret - at andre ikke kender grundlaget for virksomhedens forspring; i modsætning til patentloven, hvor eneretten er baseret på lov - med 'fuldt' kendskab til grundlaget for virksomhedens forspring.

¹⁴ Jfr. Vinding Kruse 5. udg. s. 339

¹⁵ Gomard - Erstatningsregler s. 148. Se dog U 1986.268 Shd - Ceolein, hvor den tidligere ansatte tilpligtedes at tilbagebetale lønnen - kr. 55.569,- - for den del af opsigelsesperioden, hvor han reelt bistod konkurrenten og derved krænkede sin forpligtelse iht. mfl. § 9. Se også U 1986.190 HD - PT bøger - hvor den tidligere ansatte blev tilpligtet at tilbagebetale løn med kr. 5.931,-, men hvor retten fremhæver, at den ansatte ikke havde påstået tilbagebetalingen kendt uberettiget for det tilfælde, at bortvisningen af ham var berettiget.

at de langsigtede økonomiske virkninger kan være særdeles alvorlige, vil vurderingen heraf være ganske usikker.¹⁶

Udgangspunktet i en retssag er, at der kræves fuldt bevis for det tab, som virksomheden har lidt ved den ansattes - og den evt. medvirkende konkurrents - handling.¹⁷ Virksomhedens *afsætning af sine produkter* er imidlertid afhængig af mange faktorer, således at en konkurrents mulighed for at påvirke denne vil afhænge af en evt. prisforskel på produkterne, hvorvidt der anvendes tilsvarende salgskanaler, om kvalitet, udstyr, emballage og farver er identiske m.v.¹⁸ Det kan herudfra ses, at *konkurrentens afsætning* kun sjældent vil være noget nøjagtigt mål for virksomhedens tab; også fordi der kan være andre produkter, der kan substituere virksomhedens og konkurrentens produkter.¹⁹ Omvendt vil konkurrentens afsætning kunne give en formodning om størrelsen af virksomhedens direkte tab, og dette er i særlig grad tilfældet, hvis virksomhedens og konkurrentens produkter er fuldt ud substituerbare, og der ikke er andre tilsvarende produkter. I sådanne tilfælde vil erstatningen kunne beregnes ud fra det antal produkter, som konkurrenten har

¹⁶ Praksis om værdiansættelse af goodwill kan evt. være vejledende - se herom f.eks. Kobbernagel s. 168ff og Gesner 2. udg. s. 49ff.

¹⁷ I praksis gives der dog ofte skønsmæssige erstatninger, uanset tab ikke er bevist fuldt ud - eller i væsentlig grad sandsynliggjort.

¹⁸ En stor prisforskel - og dermed til dels forskellig kundekreds - kan bevirke, at virksomhedens tab ikke modsvares af konkurrentens omsætning; jfr. U 1965.530 Vld - Møbelstof - erstatning kr. 25.000,- (påstået kr. 116.539), U 1975.1014 Øld - Winblad - erstatning kr. 6.000,- (påstået kr. 100.000,-), U 1979.248 Øld - Winblad - erstatning kr. 30.000,- (påstået kr. 100.000,-), men omvendt kan dette give anledning til en del markedsforstyrrelse - jfr. U 1988.775 Shd - Gilleleje Signal - erstatning kr. 50.000,- (påstået kr. 200.000,-), hvor salget af eksklusive modetrøjer nærmest ophørte, da et varehus begyndte at markedsføre et plagierende produkt.

¹⁹ Lars Pehrson i 'Ulf 50' s. 95f og Koktvedgaard s. 280. Se U 1982.590 HD - Bentamin - hvor erstatningen tilkendtes med kr. 100.000,- (påstået kr. 1 mio.), idet omsætningsnedgangen også skyldtes konkurrence fra andre producenter og en almindelig afmatning af salget, efter at produktet havde været markedsført i en periode. Se også utrykt Shd af 7/5-1987 i sag H 548/85 - Gourmet Grill, hvor erstatning for markedsføring af et plagierende produkt tilkendtes med kr. 30.000,- (påstået kr. 200.000,-), idet der også markedsførtes andre konkurrerende produkter. I erstatningen indgik tillige et beløb for markedsforstyrrelse ved uberettiget anvendelse af virksomhedens varemærke.

afsat, og virksomhedens nettofortjeneste ved salg af sine egne produkter.²⁰ En konstateret *nedgang i virksomhedens omsætning* - eller at denne er konstant - kan ikke generelt tillægges betydning ved dokumentationen af tabet, idet omsætningen som nævnt afhænger af mange andre faktorer.²¹ På den ene side kan omsætningsnedgangen være mindre end konkurrentens omsætning, hvis denne sælger til en lavere pris eller til andre kundegrupper, og på den anden side afhænger hele tabsvurderingen af, hvilke typer produkter virksomheden fremstiller: om der som et led i salget indgås serviceaftaler og dermed langsigtede forretningsforbindelser, om installation og opbygning er en væsentlig del af ydelsen, eller om salget afslutter den umiddelbare kontakt til kunden.²²

Markedsforstyrrelser accepteres af domstolene som en principielt erstatningsbegrundende faktor, men der vil sædvanligvis foreligge en konkurrerende afsætning, hvor domstolene tilkender virksomheden erstatning med grundlag heri, og markedsforstyrrelsen vil da indgå som et led i vurderingen af virksomhedens tab.²³

²⁰ Jfr. U 1963.782 HD, U 1965.468 HD, U 1978.944 Øld. I mangel af oplysninger om konkurrentens afsætning kan virksomhedens omsætningsnedgang tillægges vægt - jfr. U 1981.46 HD - Maxi og U 1984.444 HD - Maxi, hvor der som udgangspunkt ikke var andre faktorer i vurderingen; jfr. lærebog i imm.ret s. 280.

²¹ Jfr. U 1982.590 HD - Bentamin, U 1988.570 Shd - Møbelagent, utrykt Shd af 20. dec. 1989 i sag H 404/88 - 'Kroken' - hvor en stol blev plagieret: "...der stedse vil være forbundet usikkerhed med opnåelige omsætningstal og med omfanget af en nødvendig prisnedsættelse ... sagsøgte må antages at have indvundet en ikke ubetydelig fortjeneste ved sit retsstridige salg ... skadevirkningen for sagsøgerne af sagsøgtes handlemåde må antages at ville vedvare ..."

²² Det skal i denne sammenhæng erindres, at der ved erstatning beregnet på grundlag af en konkurrerende produktion kan nedlægges forbud imod selve produktionen. Selvom dette kun sjældent er aktuelt alene på grundlag af mfl. § 1 - jfr. kap. 3 - kan et forbud mod produktionen på grundlag af en konkurrenceklausul eller mfl. § 9 - være en faktor, der begrænser virksomhedens tab. Se herom også kommenteret Patentlov 1979 s. 293. Erstatning for tabt afsætning skal således alene beregnes af perioden, indtil krænkelsen blev standset. Se herom U 1983.1074 Shd - L'Oréal - erstatning kr. 0,- (påstået kr. 1 mio.), U 1985.1087 Shd - Stjernemobiler - erstatning kr. 40.000,- (påstået kr. 150.000,-), U 1986.268 Shd - Ceolein - erstatning kr. 100.000,- (påstået kr. 400.000,-).

²³ Jfr. U 1963.782 HD, U 1965.468 HD, U 1988.775 Shd - Gilleje Signal. Dette ses særlig tydeligt i U 1983.1074 Shd - L'Oréal - hvor virksomheden nedlagde forbud mod konkurrentens afsætning af et plagierende produkt. Retten tilkendegav her, at der måtte anses at foreligge en

8.2.2. Loyalitetspligten - tidligere ansatte.

Ved vurderingen af en tidligere ansats handling vil der indgå det moment, at virksomhedens tab vil være anderledes og kan blive større, idet den tidligere ansatte i konkurrencen kan anvende sit indgående kendskab til virksomhedens forhold. Krænkelsens økonomiske betydning for virksomheden og grundlaget for at vurdere forholdet anderledes vil således afhænge af, hvorvidt den ansatte misbruger sit kendskab til virksomhedens produkter, kunder, erhvervshemmeligheder eller generelle interne forhold; jfr. kap. 3 - 6. Den økonomiske betydning for virksomheden vil endvidere afhænge af, hvor kvalificeret misbruget er - dvs. den ansattes kendskab til virksomhedens forhold - og om misbruget sker i samarbejde med en konkurrent.

Heroverfor står mulighederne for at dokumentere, at en given handling har skadeeffekter for virksomheden, og at virksomheden herved lider et tab, hvor det vil være afgørende, hvorledes krænkelsen manifesterer sig; om der markedsføres et konkurrerende produkt, der kan føre til en direkte omsætningsnedgang, om virksomheden går glip af aktuelle ordrer, fordi virksomhedens kunder og agenturgivere etablerer samarbejde med den tidligere ansatte, eller den ansatte ved krænkelsen reelt tilegner sig virksomhedens teknologiske forspring og dermed virksomhedens investeringer.

Vurderingen af virksomhedens tab vil således være en afvejning af krænkelsens betydning for virksomheden vurderet ud fra virksomhedens investeringer, den ansattes konkrete stilling og indsigt i virksomheden og krænkelsens grovhed.²⁴

vis markedsforstyrrelse, men der blev ikke tilkendt nogen erstatning (påstået kr. 1 mio.). Se også den ovenfor nævnte utrykte Shd af 7/5-87 i sag H 548/85 - Gourmet grill samt utrykt Shd af 20/12-89 i sag H 404/88 - 'Kroken'.

²⁴ Hvis krænkelsen er grov, og skadeeffekt dermed er påvist, og et tab er sandsynliggjort - f.eks. fordi den tidligere samarbejdspartner har overtaget en del af virksomhedens kundekreds - kan erstatning tilkendes, jfr. U 1988,570 Shd - Møbelagent - erstatning kr. 300.000,- beregnet ud fra konkurrentens salg i kundekredsen (påstået kr. 550.000,-), utrykt Shd af 6/5-1987 i sag H 592/84 - Aalborg Hydraulic - hvor de tidligere ansatte fremstillede tilsvarende produkter og

Mulighederne for at dokumentere eller sandsynliggøre tabet vil være vejledende og udslagsgivende i de tilfælde, hvor sådant er muligt,²⁵ men det skal påpeges, at virksomheden også hér kun kan få erstattet det tab, der knytter sig til krænkelsen. En konstateret omsætningsnedgang eller en forsinkelse af udviklingsprojekter i forbindelse med en vital medarbejders fratræden kan ikke begrunde et erstatningsansvar, og det må vurderes uafhængigt heraf, at han etablerer konkurrerende virksomhed på grundlag af sit kendskab til virksomheden.²⁶ Der kan således ikke lægges vægt på den ansattes *berigelse*, selv om dette kunne være nærliggende i de konkurrencesager, hvor den forpligtede reelt tilegner sig virksomhedens investeringer.²⁷

Ofte vil domstolene dog ikke have nogen holdbar tabsdokumentation og de må her foretage et skøn over misligholdelsens økonomiske betydning.²⁸ Hvis blikket således rettes imod prisgivelse af et *teknologisk forspring* uden direkte konkurrerende afsætning, bliver tabsdokumentationen meget usikker. Det er klart, at en sådan handling er erstatningspådragende, og at virksomheden lider et tab i form af

afsatte dem til lavere priser og til dels til virksomhedens kunder, erstatning blev tilkendt med kr. 500.000,- (påstået kr. 2 mio.).

²⁵ Koktvedgaard - Lærebog s. 280, Krüger Andersen s. 300f. Se herom f.eks. U 1986.268 Shd - Ceolein, U 1979.588 Shd - Silva 35', U 1978.305 Shd - Plantefibertablet, hvor virksomhedernes tabsopgørelser sammenholdes med virksomhedernes investeringer, omsætningens udvikling på de berørte markeder, den forventelige afsætningsudvikling for det konkrete produkt og de enkelte udbyderes konkurrencemæssige betydning; jfr. også utrykt Shd i sagerne F 98 og F 517/1981 afsagt 18/4-1983 - Pilvad og utrykt Shd af 31/7-1987 i sag H 536/85 - Mercuri instituttet - hvor der ved erstatningsudmålingen blev taget udgangspunkt i den mistede aktuelle omsætning med de kunder, som den ansatte havde 'taget med'. Se også U 1987.543 Shd - Pia Holten og U 1948.1363 Shd (Sht 48.222), hvor der ikke blev tilkendt erstatning, da tab ikke var bevist; jfr. i samme retning U 1958.674 Shd - Flash.

²⁶ Jfr. U 1975.1049 HD - Dancom - erstatning tilkendtes med kr. 200.000,- med grundlag i den forpligtedes uberettigede anvendelse af virksomhedens viden (påstået kr. 2,5 mio.), utrykt Shd af 16/6-1986 i sag H 524/85 - Lastbilteknik - hvor erstatning ved den forpligtedes overtagelse af virksomhedens agenturer tilkendtes med kr. 10.000,- (påstået kr. 300.000,-).

²⁷ Vinding Kruse 5. udgave s. 344, Koktvedgaard s. 269ff, Kobbervagel I s. 230f.

²⁸ Vinding Kruse 5. udg. s. 341, Koktvedgaard - Lærebog s. 279, U 1991.10 HD.

formindsket afsætning som følge af øget konkurrencepres eller kortere økonomisk levetid for produkterne med deraf manglende mulighed for at genvinde sine investeringer. Domstolene inddrager i vurderingen af disse tilfælde den faktor, at det uden konkurrenceklausul ofte vil være umuligt at nedlægge fogedforbud i disse sager, og dette fører antagelig til en mere rundelig udmåling af erstatning, hvor erstatningen fastsættes ud fra krænkelsens samlede betydning for virksomheden.²⁹

Misligholdelsens karakter vil have betydning for domstolens skøn over misligholdelsens økonomiske betydning. Dette ses i afgørelserne U 1963.582 HD - Bilwinco, U 1975.1049 HD - Dancom, U 1974.463 HD - Blomin og U 1980.578 Shd - Atka. I de 2 sidstnævnte sager er det i en kommentar anført, at illoyaliteten skulle føre til omvendt bevisbyrde m.h.t. tabets størrelse, og at der 'ligger en bod skjult i erstatningen'.³⁰ I de nævnte afgørelser var tab ikke bevist, og retten tilkendte på trods heraf ganske betydelige erstatninger. Der må i disse sager ligge en væsentlig byrde m.h.t. at dokumentere misligholdelsens grovhed og/eller sandsynliggøre tabets størrelse; erstatning gives da heller ikke i nær det omfang, som de nedlagte påstande skulle føre til.³¹

²⁹ U 1974.463 HD - Blomin - 100.000,- (påstået 100.000,-), U 1975.1049 HD - Dancom - 250.000,- (påstået 2.500.000,-), til dels U 1982.1149 Shd - Rulletransportbånd - 100.000,- (påstået 250.000,-) Se også utrykt Shd i sag H 620/83 af 22/6-1987 - Bagerienzym, hvor en ingeniør krænkede sin forpligtelse iht. mfl. § 9 - her blev erstatning aftalt til kr. 1 mio. ved et retsforlig (påstået kr. 2 mio.).

³⁰ Jfr. Topsøe-Jensen i Sø- og Handelsretten gennem 125 år s. 75ff.

³¹ I U 1980.578 shd - Atka blev erstatningen på kr. 25.000,- (påstået kr. 200.000,-). I U 1963.582 HD - Bilwinco - tilkendtes erstatning med kr. 50.000,-, idet kun den forpligtedes kendskab til virksomhedens produktion og hans påvirkning af virksomhedens ansatte gjorde, at han kunne markedsføre sit produkt så hurtigt som sket (påstået kr. 100.000,-). Se også de ovennævnte U 1975.1049 HD - Dancom og U 1974.463 HD - Blomin.

8.2.3. Vurdering

Som gennemgangen af tabsspørgsmålet viser, er det generelt vanskeligt - *uden for kontraktsforhold* - at dokumentere et tab i konkurrencesager. Erstatning tilkendes dog i et vist omfang, hvor et direkte økonomisk tab kan påvises, idet konkurrenten markedsfører et substituerbart produkt og derved overtager en del af virksomhedens omsætning. I disse sager og i sager vedrørende markedsforstyrrelse gælder dog, at erstatning ikke tilkendes i nær det omfang, som virksomhederne påstår at lide et økonomisk tab, og i mange tilfælde påstås konkurrentens handling alene kendt retsstridig.³²

Ved *ansattes misligholdelse af en loyalitetspligt eller en tavshedspligt*, jfr. mfl. § 9, er der som udgangspunkt tilsvarende tabsopgørelsesproblemer, men der er herudover ofte skader af en art, hvor der skal skønnes over skadens økonomiske betydning for virksomheden i en usikker fremtid. Domstolene holder sig imidlertid ikke tilbage fra at skønne over tabet ved sådanne skader, der er en følge af et tillidsbrud, og der er således øgede muligheder for at få tilkendt erstatning, men også her udmåles erstatningerne alene i en størrelsesorden, der kun delvist dækker virksomhedernes tab. Tillige er der det afgørende problem, at den konkurrerende virksomhed ikke herved hindres.

³² Jfr. Koktvedgaard s. 371f.

KAPITEL 9. KONVENTIONALBOD¹

9.1. Afgrænsning

9.1.1. Hvad er en konventionalbod.

Som det vil være fremgået i kap. 8.2, er der store problemer i relation til at dokumentere det tab, som tilsidesættelsen af den ansattes forpligtelse har afstedkommet. Ved fastsættelse af beskedne erstatninger mister erstatningsansvaret en del af sin præventive effekt, og skadelidte kompenseres kun delvist for det lidte tab. Det kan således være væsentligt, at der i kontrakten tages stilling til - ikke blot afgrænsningen af den ansattes forpligtelser i forhold til virksomheden - men også til den retsvirkning, en tilsidesættelse af forpligtelserne skal have. Det kan således i kontrakten aftales, at en pligttilsidesættelse skal udløse betalingen af en nærmere fastsat økonomisk bod.

En sådan aftale om bod kaldes under tiden for hhv. 'pønalt stipulation' og 'konventionalbod', hvor *pønalt stipulation* er den aftale, hvor det fastlægges, hvilke retsvirkninger en pligttilsidesættelse skal have, og *konventionalbod* er den konkret fastsatte retsvirkning. En konventionalbod kan med andre ord være et skøn over virksomhedens tab ved den ansattes misligholdelse af sin forpligtelse iht. konkurrenceklausulen, hvor parterne ved deres aftale på forhånd tager stilling til 'erstatningens' størrelse. Der kan endvidere være et pønalt element i aftalen, således at der skal erlægges en bod uafhængigt af, om parterne forventer, at der lides et økonomisk tab.

¹ Ussing Alm. del 4. udgave s. 162ff, Komm. aftalelov s. 172 og 178ff, ICC Guide to penalty and liquidated damages clauses, Aftaler og Mellemmænd s. 218ff, Kontraktsret s. 136ff, Stig Jørgensen Kontraktsret II s. 189ff, Entrepriseret s. 118ff, Edb - kontrakter s. 162ff, Carlsen s. 379ff, Ansættelsesretten s. 338f og 345, Markedsret s. 225ff, Nød II s. 206ff, Palmgren s. 203ff, Palmgren i JFT 1937.766, Lando 3.112.2, SOU 1983:52 s. 104ff, Bevis s. 107f, Lund i R og R nr. 3/89 s. 28ff med n.12.

9.1.2. Appendix til en hovedforpligtelse

Konventionalboden anvendes på grund af sine specielle egenskaber som et appendix til en kontraktsforpligtelse, hvis overholdelse er væsentlig for parterne. Boden er med andre ord aftale om anvendelse af et konkret retsmiddel for det tilfælde, at misligholdelse af kontrakten kan bevises.

Udgangspunktet for vurderingen af, hvorvidt en konkret konventionalbod i ansættelsesforhold er rimelig, må tages i den konkurrenceklausul, som boden skal være sanktion for. Det skal således ud fra konkurrenceklausulen vurderes, hvorvidt forholdet er retsstridigt i forhold til den berettigede, og hvorvidt betingelserne for at ifalde boden er opfyldt. Herefter skal det særskilt vurderes, om boden har en rimelig størrelse.² I det følgende forudsættes det, at konkurrenceklausulen er misligholdt af den forpligtede, og at misligholdelsen i konkurrencesager indeholder de nødvendige elementer i et ansvarsgrundlag; jfr. kap. 1.2 og 3 - 6. Konventionalboden må således anses for forfalden til betaling.

9.2. Indhold - hvilke hensyn varetages

9.2.1. Skønsmæssigt fastsatte erstatninger³

I mange situationer, hvor der handles retsstridigt, uanset at det sker i forhold til nøje kontraktligt fastlagte forpligtelser, vil det på trods heraf ikke være muligt i en retssag at dokumentere et erstatningskrav, der blot tilnærmelsesvis står mål med det tab, som den berettigede har lidt; jfr. kap 8.2. Dette taler for på forhånd at aftale, hvilke erstatningsretlige virkninger overtrædelsen af forpligtelsen skal have imellem parterne. Dette kan også have den præventive effekt jfr. nedenfor, at den forpligtede effektivt afskrækkes fra at overtræde sin forpligtelse - især hvis

² Jfr. SOU 1987:17 s. 85f om franchising og Carlsen s. 380.

³ Bemærk TfS 1989 nr. 600 Vld, hvor erstatning for overtrædelse af en konkurrenceklausul i revisorforhold - beregnet ud fra omsætningen med den pågældende klient - ansås for almindelig indkomstskattepligtig - jfr. også LV 1990 C. 1.2.3. Se også kap. 13 om vederlag.

boden har en størrelse, så den under alle omstændigheder dækker det tab, der må forudses at blive lidt.⁴

Boden er endvidere procesbesparende, idet der undgås bevisførelse om, hvilket tab der er lidt. Interessen kan således koncentreres om, hvilke faktiske omstændigheder der skal lægges til grund; om de kontraktbaserede forpligtelser er misligholdt; jfr. dog nedenfor om muligheden for tilsidesættelse p.g.a. manglende økonomisk tab.

Der er naturligvis den usikkerhed forbundet hermed - som der er ved enhver kontraktsindgåelse - at der tages stilling til en evt. fremtidig tvist. Når det tilmed sker på så bastant vis som ved en bodsfastsættelse, vil rimeligheden af bodsfastsættelsen i den konkrete situation ofte blive et tvistepunkt. Usikkerheden er imidlertid dobbeltrettet, idet boden kan føre til såvel over- som underkompensation for den berettigede. Da den endvidere ofte fremkommer som et led i et større aftalekompleks, vil der være en generel utilbøjelighed til at udskille boden til særskilt behandling - jfr. herom nedenfor i kap. 9.3.2.2.

9.2.2. Det pønale element

Ved på forhånd at fastsætte, hvilken erstatning en konkret retsstridig handling vil udløse, har den forpligtede et - alt efter bodens størrelse - kraftigt incitament til at overholde sine forpligtelser. Bodens varetager således *præventive hensyn*, og når der endvidere som udgangspunkt ikke stilles krav om blot tilnærmelsesvis lighed mellem boden og det lidt tab, så nærmer vedtagelsen af en bod sig fastsættelse af straf på privat grundlag.

Den manglende forbindelse mellem et aktuelt tab og den aftalte bod kan være så åbenlys allerede ved aftalens indgåelse, at der ikke er tvivl om, at bodens funktion

⁴ Se om den præventive effekt af erstatningsansvaret kap. 8.1 og Nød II s. 206ff.

alene er at afskrække den forpligtede fra at handle retstridigt i forhold til den berettigede. Det kan være velbegrundet på håndfast måde at forsøge at motivere den forpligtede til at overholde sine forpligtelser uafhængigt af overvejelserne om erstatningsfastsættelse. Dette præventive hensyn og frigørelsen fra den økonomiske vurdering har betydelig vægt ved misligholdelse af konkurrenceklausuler. I disse sager er virksomhedernes interesser knyttet til konkurrenceevne, markedsposition og kunderelationer. Erstatning vil således ikke fuldt ud kunne kompensere den lidte skade,⁵ og virksomhedernes primære interesse ligger i, at de indgåede forpligtelser respekteres,⁶ og at krænkelser bringes til ophør - jfr. kap. 10 om forbud.

Overgangen mellem konventionalboden som en rent praktisk foranstaltning med skønsmæssig fastsættelse af erstatning og det pønale element er ganske glidende. Ved enhver vurdering, hvor der tages stilling til fremtidige forhold, vil der være usikkerhed med hensyn til hvorledes disse vil udvikle sig, og inden for bodens rammer vil der - jfr. ovenfor - være mulighed og risiko for så vel under- som overkompensation. I det omfang, hvor der ikke er lidt noget tab - eller dette indtales som et selvstændigt krav om erstatning, vil det imidlertid kunne virke urimeligt, at den berettigede fuldt ud skal kunne kræve den aftalte bod; jfr. nedenfor.

9.2.3. Erstatningsbegrænsning

Herfra forskellige hensyn ligger der i de ofte forekommende tilfælde, hvor der er aftalt bod i form af dagbøder eller konventionalbod, men hvor boden skal udgøre maximum for den forpligtelse, som den berettigede kan blive pålagt ud fra almindelig tabsdokumentation. Interessen vil her samle sig om, hvorvidt begræns-

⁵ Jfr. kap. 8.2 vil et økonomisk tab være vanskeligt at bevise.

⁶ Jfr. RT 1916/17 tillæg A sp. 2795 og Ussing Alm. del s. 162ff.

ningen kan tilsidesættes, således at erstatningskravene kan gennemføres fuldt ud.⁷ *Erstatningsmaximering* af denne art anvendes især ved forpligtelser af helt uoverskuelig art eller i situationer, hvor begge parter er klar over det mulige erstatningsansvar og -krav. Den berettigede er her i stand til at varetage sine interesser og tegne de fornødne forsikringer, og den forpligtede bliver herved i stand til at overskue sin forpligtelse.⁸

9.3. Tilsidesættelse eller lempelse af konventionalbøder

9.3.1. Kontraktfortolkning⁹

Det er afgørende, at konkurrenceklausulen er misligholdt i forhold til den berettigede; herom henvises der til kap. 3 - 6. Derefter må det overvejes, hvorvidt den aktuelle handling kan udløse bodsforpligtelsen. Hvis der herefter foreligger en retsstridig handling, der iht. kontrakten vil udløse en bod, så vil boden være forfalden til betaling, uanset om handlingen har karakter af en bagatel, eller den udgør en grov krænkelse; men krænkelsens betydning for virksomheden kan have indflydelse på spørgsmålet om lempelse af boden.

Det er klart, at det kan være en ganske frugtbar fremgangsmåde at angribe selve grundlaget for boden - om forpligtelsen overhovedet er misligholdt, eller om

⁷ Bodden kan dog også her påstås tilsidesat p.g.a. manglende dokumentation for tab, men nedsættelse vil kun undtagelsesvist forekomme i disse typiske erhvervsmæssige forhold. Se herom *Entrepriseret* s. 122f.

⁸ Sådanne klausuler anvendes ofte i konstruktionssammenhænge såsom entreprise og off shore kontrakter. Indenfor skibsbygning anvendes forud fastsatte erstatningsudmålinger for de tilfælde, hvor f.eks. skibets brændstoføkonomi målt i forbrug pr. sømil ikke er som forudsat i kontrakten, eller skibet ikke har den aftalte lasteevne eller det ikke kan føres gennem vandet med den aftalte hastighed. For slet ikke at tale om at sikre den aftalte leveringstid. Ligeledes er sådanne klausuler meget udbredt i transportsektoren. Sådanne klausuler støtter ofte en handlepligt, og dette kan have betydning for, hvorvidt klausulen forfalder ved misligholdelsen i sig selv eller der yderligere skal foreligge ansvarsgrundlag; jfr. *Edb - kontrakter* s. 165f. Se om disse typer klausuler *Entrepriseret* s. 118ff, *Rechnagel Transportret* s. 142ff. Se også vedr. bodsbegrebet i arbejdsretten Per Jacobsen - *Kollektiv Arbejdsret* 4. udg. s. 450ff, *Hasselbalch - Kollektiv Arbejdsretten* s. 243ff, *Popp-Madsen - Bod og til dels Ansættelsesretten* s. 277ff.

⁹ Se bl.a. *ICC Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses* s. 17ff.

boden er aftalt med henblik på den konkrete handling. Herved elimineres boden som sådan, og dette kan være meget væsentligt i lyset af den generelle uvilje imod at nedsætte konventionalbøder, der kan spores i retspraksis - især imellem erhvervsdrivende; jfr. nedenfor kap 9.3.2.¹⁰ I det følgende vurderes nogle andre spørgsmål knyttet til vedtagelsen af en konventionalbod: hvorvidt betaling af boden frigør fra forpligtelsen i henhold til konkurrenceklausulen - kap. 9.3.1.1, om flere krænkelse udløser flere bøder - 9.3.1.2, og om der kan rejses krav om erstatning ved siden af bodsvedtagelsen - 9.3.1.3.

9.3.1.1. Reugeld

Det kan være et led i aftalen, at den forpligtede skal kunne frigøre sig fra denne ved erlæggelse af et pengebeløb - 'Reugeld'.¹¹ Det må være det klare udgangspunkt for forståelsen af en konventionalbod i konkurrencesager, at den skal motivere overholdelsen af forpligtelsen og undgå bevisførelse om størrelsen af tabet ved misligholdelse. Det primære mål er således overholdelsen af forpligtelsen, og en aftale om bod kan ikke antages at afskære virksomheden fra at kræve forpligtelsen overholdt.¹² En ny krænkelse vil således principielt udløse endnu en bod.

9.3.1.2. Kumulation ved flere krænkelse

Der kendes forskellige former for *kumulerende bøder*. Den hyppigst anvendte er, at der ifaldes en bod af nærmere angiven størrelse for hver gang, overtrædelse finder

¹⁰ Se herom Entrepriseret s. 122 f. I U 1979.931 Øld blev boden nedsat til kr. 0,-, hvorved forpligtelsen reelt faldt bort.

¹¹ U 1916.58 HD, U 1925.445 Shd, U 1931.1108 Øld, jfr. også utrykt Ølk af 10/11-1976 i 8. afd. kære nr. 272/1976, hvor forbud kunne afværges ved deponering af konventionalboden; jfr. Ussing ^Alm. del s.162ff og Carlsen s. 381.

¹² Jfr. Palmgren s. 213f og Markedsret s. 225ff. Se herom U 1938.184 Øld - RFI A/S.

sted. Der ses også ex., hvor der forfalder en grundbod på f.eks. kr. 25.000,- med et tillæg på kr. 500,- for hver dag overtrædelsen opretholdes.¹³

Ved *ikke kumulerende bøder* er der typisk blot aftalt, at overtrædelse af de i kontrakten anførte betingelser vil medføre, at en konventionalbod er forfalden til betaling. Effekten af disse bøder er helt afhængig af, hvorvidt boden er af en størrelse, der har en motiverende eller skades 'reparerende' effekt. Der må endvidere skelnes imellem de bøder, der operer med en absolut talangivelse, og de bøder, der sættes i forhold til den forpligtedes hidtidige årsindtægt. Det er helt afgørende for den præventive effekt, at boden følger med den ansattes avancementer og inflationen, idet den forpligtede i sin fortsatte ansættelse vil udvikle sig med virksomheden og sædvanligvis få et dybtgående kendskab til denne.¹⁴

Det må afhænge af forpligtelsens nærmere karakter, hvorvidt der kan forventes én eller flere overtrædelser. Dette vil kunne føre til, at det præciseres, at boden forfalder på ny for hver overtrædelse, men p.d.a.s. må domstolene anses for at tage udgangspunkt i en vurdering af det samlede beløb, som boden gøres gældende med.¹⁵

¹³ Utrykt Shd i sag H 124/1984 af 18/2-1986 - Per Honoré A/S - 20% af de oppebårne indtægter 'hver gang en overtrædelse finder sted', utrykt Shd i sagerne F 172/1983 og F 24/1984 af 6/3-1985 - Ejendomsmægler - grundbod kr. 25.000,- og tillæg af kr. 500,- for hver dag krænkelsen fortsætter, U 1976.813 Shd - Canada - US \$ 5.000,- for hver overtrædelse og utrykt Øld af 6/2-1986 13. afd. a.s. nr. 172/85 - Tapetvarer - 'bod stor kr. 15.000,- for hver påbegyndt kalendermåned, hvori den utilladte virksomhed udøves'

¹⁴ Se herom Palmgren i JFT 1937.766ff. Der kan dog være tilfælde, hvor det ikke er praktisk at aftale en relativ bod, f.eks. ved overdragelse af en virksomhed, hvor beløbsangivelserne ligger fast fra starten af.

¹⁵ Jfr. U 1976.813 Shd - Canada, utrykt Shd i sagerne F 172/1983 og F 24/1984 af 6/3-1985 - Ejendomsmægler og utrykt Øld af 6/2-1986 i 13. afd. a.s. nr. 172/1985 - Tapetvarer. Bod står imidlertid ikke alene; den kan kombineres med forbud og først herved bliver den reelt effektiv. Hvis der ikke er mulighed for at nedlægge fogedforbud - jfr. kap. 10 - og krænkelsen er en éngangsforeteelse, er betaling af boden en reel mulighed for at frigøre sig fra forpligtelsen.

De af revisorerne anvendte klausuler, hvor udførelse af arbejde for en klient i strid med kontraktsklausulen medfører betaling af en bod svarende til 2 års honorarindtægt med denne klient, hører til i denne gruppe. Sædvanligvis anvender den berettigede ikke muligheden af at nedlægge foged forbud, men dette kan dog principielt ikke føre til, at klausulen betragtes som betaling for den pågældende klient.¹⁶

9.3.1.3. Kan bod og erstatning kombineres

Konventionalbøder rummer som nævnt såvel et pønalt element som en skønsmæssig fastsættelse af erstatningsudmålingen. Der er principielt intet til hinder for at aftale en kombination af bod og erstatning, således at boden skal have rent pønalt effekt. Domstolene må imidlertid antages kun inden for meget begrænsede rammer at ville acceptere en sådan straf på privat grundlag, hvis der herudover kræves erstatning; jfr. nedenfor kap. 9.3.2.2.

Det er mere sædvanligt, at en virksomhed *forbeholder sig ret* til at nedlægge påstand om erstatning udover boden, hvis virksomhedens tab ikke dækkes af denne. Under hensyntagen til at virksomheden kun i begrænset omfang er i stand til at dokumentere sit tab, vil det sjældent være aktuelt at påstå sig tilkendt yderligere erstatning; men det er fuldt ud acceptabelt at tage et sådant forbehold.¹⁷

Dette åbner imidlertid for spørgsmålet, hvorvidt vedtagelse af en bod i sig selv *gør endeligt op* med erstatningsspørgsmålet. Uden holdepunkter i kontraktens ordlyd taler bodens karakter af skønsmæssig fastsættelse af erstatning såvel for at afskære yderligere erstatningskrav som at acceptere disse. Flere forfattere vil tillade, at virksomheden indtaler erstatningskrav udover boden, men inden for

¹⁶ Fogedforbud kan principielt anvendes - jfr. U 1938.184 Øld, U 1948.975 Øld. Se herom Jens Anker Andersen og Erik Werlauff i U 1986B.63ff og Palmgren s. 213f.

¹⁷ Jfr. utrykt Shd af 18/4-1983 i sagerne F 98 og 517/1981 - Pilvad og kap. 9.3.2.2.

rammerne af virksomhedens tab. Herfor taler, at konventionalbøder vedtages som minimumserstatninger i *konkurrencesager*, fordi tab kun sjældent kan bevises; og hvis krænkelsen konkret er så nærgående, at tab udover boden kan bevises, taler baggrunden for konkurrenceklausuler og konventionalbøder - behovet for at beskytte mod den ansattes illoyale konkurrence - for at acceptere yderligere erstatningskrav.¹⁸ På den anden side er virksomheden ved aftalens indgåelse meget vel klar over, at tabsdokumentationen er problematisk, og dette kunne evt. føre til, at den virksomhed, der ved kontraktsaffattelsen har foretaget et skøn over tabets størrelse, ikke senere kan kræve yderligere erstatning.¹⁹ Det kan imidlertid ikke antages, at virksomheden herved endeligt har gjort op med erstatningskravet. Virksomheden må antages primært at have for øje, at vedtagelse af en konventionalbod er afgørende for at få nogen erstatning overhovedet, og der er ikke afgørende hensyn at tage til den ansatte, der har handlet så illoyalt, at virksomheden har lidt et tab udover boden.²⁰

9.3.2. Aftaleloven § 36²¹

9.3.2.1. Anvendelsesområde

Ved indførelsen af aftaleloven i 1917 blev der i denne indsat en bestemmelse, der specielt omhandlede konventionalbøder, og iht. hvilken disse kunne nedsættes

¹⁸ Se herom Markedsret s. 225f, Ansættelsesretten s. 339f, Komm. aftalelov s. 185f, Stig Jørgensen - Kontraktsret II s. 191, Edb - kontrakter s. 166. Palmgren i JFT 1937.766ff anfører, at baggrunden for vedtagelse af konventionalbod vil være at stille fordringshaveren bedre og at en bod derfor alene kan betragtes som et minimum for erstatningen, således at boden kan frafaldes til fordel for et erstatningskrav. Se også RT 1916/17 tillæg A sp. 2798.

¹⁹ Se i denne retning Palmgren s. 209f - men kun f.s.v. angår konkurrenceklausuler.

²⁰ I samme retning må spørgsmålet om, hvorvidt kravet på bod kan frafaldes til fordel for et erstatningskrav, afgøres. Se generelt om dette spørgsmål Palmgren i JFT 1937.766ff. Om forholdet mellem bod og et aktuelt - mindre - tab, se kap. 9.3.2.2. Hvis boden er aftalt som et skøn mellem professionelle over forpligtelsen, vil der oftere være belæg for at anse boden for endeligt at gøre op med erstatningskravet; jfr. Entrepriseret s. 122f og ovenfor kap. 9.2.3.

²¹ Se Aftaler og Mellemænd s. 218ff, vedr. konventionalbod særligt s. 226, Komm. aftalelov s. 178ff - særligt s. 185- 87, Kontraktsret s. 132ff samt ovenfor kap. 2.3.5.

eller helt bortfalde. Denne specialbestemmelse blev fjernet ved aftalelovsrevisionen i 1975,²² men ud fra forarbejderne og retspraksis er det klart, at den nuværende § 36 - formuerettens generalklausul - også kan anvendes til regulering af konventionalbøder; evt. i videre omfang end hidtil.²³

Rimelighedsvurderingen og de heri anvendte kriterier må tage deres udgangspunkt i *den aktuelle kontrakt*, hvilke parter denne omfatter, hvilke forhold den regulerer og hvilke forpligtelser der er aftalt. Der må anlægges en forskellig vurdering, alt efter om det drejer sig om virksomhedsoverdragelse, samarbejdsforhold eller ansættelsesforhold.

Baggrunden for indførelsen af aftl. § 36 var et ønske om at beskytte den svagere stillede kontraktspart, hvilket fremgår af bestemmelsens placering i loven og af dens forarbejder.²⁴ I situationer, hvor dette beskyttelseshensyn ikke er til stede, f.eks. fordi parterne er professionelle erhvervsdrivende og må anses for ligestillede m.h.t. indsigt i aftalen, vil tilsidesættelse efter aftl. § 36 være undtagelsen, og de i sådanne situationer anvendelige kriterier vil være anderledes end ved ansættelsesforhold.²⁵

²² Lov nr. 250 af 12/6 - 1975.

²³ Mulighederne for tilsidesættelse af konventionalbøder må anses for mindst at være opretholdt. "Disse aftaler vil efter den ny generalklausul kunne tilsidesættes i videre omfang end hidtil." citat fra Stig Jørgensen - Foreløbig Redegørelse s. 26. Jfr. Kontraktsret s. 138 er der "...næppe siden 1975 sket nogen ændring i retspraksis på dette - væsentlige - område, og der er næppe heller behov for ændring af den hidtil fulgte praksis." Se i overensstemmelse hermed Aftaler og Mellemmænd s. 226, jfr. også Komm. aftalelov s. 172.

²⁴ Jfr. kap. 2.3.1 og 2.3.5.1.

²⁵ SOU 1987:17 s. 83ff.

9.3.2.2. Kriterier i en bedømmelse

9.3.2.2.1. Overordnede synsvinkler

Konventionalbøder anvendes som ovenfor anført i mange forskellige situationer, hvor de involverede parter, de til grund liggende forpligtelser og de hertil hørende tab udviser stor forskellighed. De følgende bemærkninger vil være specielt rettet mod belysning af bodens anvendelse og tilsidesættelse i ansættelsesforhold, men da kriterierne i aftl. § 36 er formuleret bredt, vil der også blive inddraget mere generelle betragtninger.²⁶

En konventionalbod består af de ovennævnte 2 led - et skøn over erstatningen og en præventiv funktion. Mulighederne for at få boden tilsidesat vil afhænge af, hvorvidt boden findes urimelig i forhold til den ansatte, enten fordi virksomhedens interesse i forpligtelsens overholdelse, eller dens faktiske tab ikke findes at stå i et rimeligt forhold til det i boden skønnede tab - jfr. kap. 9.3.2.2.2, eller fordi bodens størrelse af andre grunde må anses for 'urimelig' - jfr. kap. 9.3.2.2.3.

Hvis de involverede parter er jævnbyrdige, vil domstolene klart være tilbøjelige til at tilsidesætte boden. Dette hænger sammen med - jfr. kap. 2.3.5.1 - at der ofte vil være indgående forhandlinger forud for aftaleindgåelsen, hvor bl.a. boden er drøftet. Der vil være en klar formodning for, at boden er udtryk for et kvalificeret skøn over tabets størrelse, hvor der ikke er plads for et pønalt element.²⁷

²⁶ Hvorvidt boden i andre forhold kan frafalde til fordel for et erstatningskrav eller tilsidesættes som urimelig, vil ikke blive uddybet her. Der vil dog til belysning af problemstillingen blive inddraget enkelte spørgsmål om forholdene ved virksomhedsoverdragelse.

²⁷ fr. Aftaler og Mellemmænd s. 223ff og s. 348ff, Komm. aftalelov s.185 og 187ff, Kontraktsret s. 138, Entrepriseret s. 122f og Stig Jørgensen i J 1986.118ff. Ved *virksomhedsoverdragelse* vil de aftalte bøder sædvanligvis blive opretholdt; jfr. U 1942.316 HD, U 1962.704 Vld, U 1972.369 HD, U 1972.559 HD. I U 1985.600 HD blev en bod nedsat fra kr. 150.000,- til kr. 100.000,- købesummen var kr. 750.000,-. I utrykt Shd af 1/6-1988 i H 162/87 - Dan Bouquet blev en påstand om bod fremsat med kr. 400.000,-, og ved afgørelsen af det samlede mellemværende anså retten en bod på kr. 170.000,- for passende. *Se dog heroverfor* U 1923.719 Øld, U 1926.469 Øld, U 1935.786 Vld, U 1962.252 Shd og U 1967.940 Vld, hvor bøderne blev nedsat væsentligt som følge af krænkelsernes *bagatelagtige karakter*; jfr. også Edb - kontrakter s. 165.

Hvis aftalen om bod indgås mellem parter, hvor der ikke er en tilsvarende ligevægt i forhandlingspositionen, vil der være mulighed for at 'aftale' en bod, der ikke svarer til de forventelige tab. Dette skal også sammenholdes med, at boden vedrører vanskeligt overskuelige fremtidige forhold, og begge forhold gør en efterfølgende bedømmelse mere rimelig.²⁸ Under hensyntagen til bodens karakter af appendix til en hovedforpligtelse, hvis overholdelse i sig selv er væsentlig, er et misforhold mellem boden og det forventelige tab imidlertid ikke i sig selv kritisabelt og urimeligt iht. afl. § 36, hvilket bl.a. ses ud fra tendensen til uden bevis for tab at tilkende 'bodslignende' erstatninger.²⁹ Dette må føre til, at aftalen om konkurrenceklausul og konventionalbod skal ses som en helhed, hvor boden opretholdes, medmindre der er klare holdepunkter for, at opretholdelsen i sin helhed vil være urimelig. Det må pointeres, at virksomheden har en afgørende interesse i bodens præventive effekt, uanset at det på tidspunktet for bedømmelsen af boden er klart, at den tilknyttede forpligtelse ikke vil blive respekteret.³⁰

9.3.2.2.2. Virksomhedens interesser afgørende

Ved stillingtagen til rimeligheden af en konkret bod må dens størrelse relateres til såvel virksomhedens tab som den byrde, den vil være for den forpligtede. Det må således være klart, at hvis virksomheden beviseligt har lidt *store tab* ved den ansattes handling, vil dette være et udtryk for, at *krænkelsen er vital* for virksomheden, og at boden bør opretholdes.³¹ Hvis handlingen ligeledes beviseligt er en *grov og evt. gentagen krænkelse* af den ansattes forpligtelse, vil dette ligeledes tale for opretholdelse af boden i sin helhed. Det vil her være af afgørende betydning, hvilke forhold i virksomheden forpligtelsen iht. konkurrenceklausulen

²⁸ Jfr. kap. 2.3.5.1 og Aftaler og Mellemmænd s. 223ff, Kontraktsret s. 136 og Bernitz standardtalsrätt s. 92ff

²⁹ Jfr. Nød II s. 206ff og ovenfor kap. 8.2.2.

³⁰ Jfr. Carlsen s. 379ff

³¹ Utrykt Shd af 18/4-1983 i sagerne F 98 og F 517/1981 - Pilvad

omfatter; jfr. kap. 3 - 6. Hvis forholdet er af vital betydning for virksomheden, og dette kan sandsynliggøres ud fra de foretagne investeringer, den anvendte tid og virksomhedens generelle arbejdsfelt, vil en bod alt andet lige blive opretholdt.³² Dette skal sammenholdes med, at virksomhedens tab ofte ikke kan dokumenteres, idet det vedrører konkurrenceevnen og markedspositionen, hvor en konkurrent ved overgang af en ansat vil få en klar konkurrencefordel, uden at virksomheden behøver lide et økonomisk tab i traditionel forstand; jfr. kap. 8.2.

Hvis virksomheden omvendt ikke er blevet skadet ved den forpligtedes handling, idet denne enten har været *helt ukvalificeret* eller haft et *bagatelagtigt omfang*, vil dette kunne føre til en kraftig reduktion af boden.³³

Problemet om tilsidesættelse af en bod kommer ofte op i en situation, hvor en konkurrenceklausul er misligholdt, men hvor dette ikke har den helt vitale betydning for virksomheden, og hvor virksomhedens *tab er helt udokumenteret*. Det vil her være vanskeligt at afveje, hvor stor en del af boden der udgøres af hhv. det pønale element og den skønsmæssige erstatning; bodens pønale indhold vil aftage i takt med, at virksomhedens tab stiger. Udgangspunktet for vurderingen må her være, at boden knytter sig til en konkurrenceklausul, som konkret er opretholdt. Opretholdelsen tilkendegiver en forpligtelse for den ansatte, og en sanktion er den eneste måde, hvorpå forpligtelsen kan materialiseres; jfr. kap. 8.1. Dette fører til, at bevis for tab ikke er afgørende for at få boden opretholdt, men omvendt vil en sandsynliggørelse af krænkelserns betydning og virksomhedens tab være vejledende

³² Jfr. U 1983.157 HD - Boll og Kirsch, U 1946.249 HD, U 1929.684 HD og RT 1916/17 tillæg A sp. 2798

³³ Se U 1923.719 Øld, U 1926.469 Øld, U 1935.786 Vld og utrykt Shd af 15/2-1974 i sag H.S. 76/1973 - Sølvliberi; dommene vedrører alle virksomhedsoverdragelse. Se også Edb - kontrakter s. 165.

for domstolene.³⁴ ³⁵ Dette fører imidlertid også med sig, at spørgsmålet om den acceptable størrelse af en bod må ses i lyset af, hvorvidt der er nedlagt *forbud* mod den forpligtedes handling, hvornår dette er nedlagt - og om dette *reelt sikrer virksomheden*. Hvis krænkelsen af forpligtelsen således reelt er hindret, vil en bod kunne nedsættes væsentligt; og boden kan evt. nedsættes i et mindre omfang, hvis der har været en kortvarig krænkelse.³⁶

9.3.2.3. En generel maximumsgrænse

En konventionalbods *betydning for den forpligtede* må vurderes ud fra bodens størrelse i forhold til den forpligtedes samlede vederlag i virksomheden. For at en bod skal være effektiv i relation til at sikre forpligtelsen, må den have en afskrækkende størrelse i forhold til netop denne ansatte. Den må således være på et nominelt stort beløb i forhold til den forpligtedes løn eller - ved kumulerende bøder - være formuleret således, at den forpligtede uden videre kan se 'truslens' samlede omfang.

³⁴ Jfr. U 1978.321 HD - Chefkonsulent, U 1975.441 Vld, U 1974.294 HD - Sauer, U 1972.1028 Shd, U 1972.449 Øld - Varmetæpper, U 1921.200 Shd. I U 1972.702 HD blev boden nedsat fra kr. 50.000,- til kr. 8.000,-, da virksomheden først efter nogle måneder blev påført følelig konkurrence. Se også U 1964.533 Shd - Gram og U 1962.259 Shd - Værkfører, hvor bøderne blev nedsat afgørende, da tab hverken var bevist eller sandsynliggjort.

³⁵ Se i samme retning revisorklausulerne vedr. erstatning ved brud på ansatte revisorers konkurrenceklausul. Tabet stipuleres her til 2 års omsætning med den pågældende klient. Dette må anses for acceptabelt - jfr. U 1988.1061 HD - Nejstgaard og Vetlov - hvor boden blev opretholdt fuldt ud, uanset at krænkelsen alene var kortvarig, og den forpligtede ikke ansås for at have oppebåret nogen fortjeneste herved. Se også U 1970.576 Øld og utrykt Øld af 4. maj 1977 i 4. afd a.s. nr. 163/76 - hvor det i et responsum afgivet af FSR udtales, at klausulen om erstatning har "til formål at skabe fornuftig relation mellem kontraktsovertrædelsen og straffen herfor, og den tilsigter ikke blot at kompensere for tabt indtægt". Se også kommentaren til U 1988.1061 HD - Lund i R og R 1989/3 s. 28ff og om problemstillingen - Raaschou i Revisorbladet 1985/6 s. 28ff.

³⁶ Utrykt Shd af 14/6-1973 i sag H 74/1972 - Salgschauffør - boden blev nedsat fra kr. 50.000,- til kr. 0,-, utrykt Shd i sagerne F 172/83 og F 24/84 af 6/3-1985 - ejendomsmægler - hvor boden blev nedsat fra kr. 83.000,- til kr. 20.000,- og U 1937.540 Shd.

En bod på kr. 50.000,- i forhold til en løn på kr. 500.000,- vil således være klart utilstrækkelig - jfr. U 1988.214 Vld,³⁷ hvorimod en bod på kr. 100.000,- i forhold til en løn på kr. 150.000,- vil have en effekt; jfr. U 1983.157 HD.³⁸ Domstolene må antages at tage udgangspunkt i den ansattes muligheder for at overskue forpligtelsen og herudfra vurdere konventionalbodens betydning for den forpligtede ud fra virksomhedens interesse i opretholdelsen af forpligtelsen, de faktisk lide tab og krænkelsens grovhed. Således må det antages, at ved krænkelse af virksomhedernes vitale forhold med deraf følgende store aktuelle eller potentielle tab - eller ved grove eller gentagne krænkelse - vil domstolene antagelig acceptere konventionalbøder på 6 til 12 mdr.s løn.³⁹ I mindre graverende tilfælde eller hvor tab ikke er dokumenteret, vil 3-6 mdr's løn antagelig være en acceptabel forpligtelse.⁴⁰

Inden for disse generelle rammer må domstolene anses at ville acceptere, at tab ikke skal dokumenteres, men omvendt må det være nødvendigt at sandsynliggøre krænkelsens grovhed og virksomhedens tab for at få accept af en aftale om bod,

³⁷ I dommen var der ikke spørgsmål om boden; der var derimod nedlagt forbud mod ansættelse i konkurrerende virksomhed, og dette blev opretholdt i ét år. Se vedr. samme spørgsmål U 1974.294 HD, hvor boden var aftalt til kr. 3.000,-, og den forpligtedes slutløn var kr. 70.000,-; her blev der også nedlagt forbud.

³⁸ En bod beregnet ud fra lønnen må forstås som den forpligtedes bruttoløn og en konventionalbod er antagelig ikke fradragsberettiget for lønmodtagere - jfr. Lærebog om Indkomstskat 6. udg. s. 399f.

³⁹ Jfr. senest afgørelsen U 1990.67 HD - ikke refereret in ekstenso i UfR - hvor en bod på 12 mdr.s løn blev opretholdt fuldt ud. Der ses ikke at være afgørelser, hvor der påstås betaling af bod på mere end 12 mdr.s løn. Se også U 1983.157 HD, U 1946.249 HD, U 1929.684 HD. I utrykt Shd af 18/4-1983 i sagerne F 98 og F 517/1983 - Pilvad - var den forpligtedes årlige løn kr. 252.000,-. Virksomheden blev tilkendt en bod på kr. 100.000,- og en erstatning på kr. 400.000,-. Virksomheden havde sandsynliggjort et tab på kr. 488.000,-. I Sverige accepteres op til ét års løn - jfr. SOU 1983:52 s. 103ff. I 1969 års överenskommelse - jfr SOU 1983:52 bilag 3 - har parterne regnet 6-mdr.s løn som en acceptabel forpligtelse, hvis der i virksomheden foregår selvstændig produkt og metodeudvikling.

⁴⁰ Jfr. Carlsen s. 379ff. I flg. domme har retten reduceret bøderne til denne ramme: U 1981.731 Vld - Slidbanedæk, U 1976.813 Shd - Canada, U 1972.702 HD - Würth, U 1964.533 Shd - Gram, U 1962.259 Shd - Værkfører, U 1928.229 Shd, U 1921.200 Shd.

der ligger i den høje ende af 'skalaen'; der er således plads for et pønalt element - i det omfang tab ikke er lidt. Det kan samtidig ses, at domstolene kun inden for denne ramme vil acceptere konventionalbøder med rent pønalt indhold, og erstatningskrav udover boden må således antages kun at blive accepteret, hvis der er dokumenteret tab udover bodens størrelse.⁴¹ Parternes aftalefrihed må således være begrænset til at vedtage en standardbod, hvis størrelse kan afhænge af virksomhedens interesse i forpligtelsens overholdelse og af den ansattes løn i virksomheden. Det skal dog erindres, at virksomheden herudover kan forbeholde sig ret til at indtale et erstatningskrav, hvis virksomhedens tab undtagelsesvist skulle overstige den aftalte konventionalbod.

9.4. Vurdering

Aftale om konventionalbod i ansættelsesforhold giver virksomhederne mulighed for at få dækket deres tab uden dokumentation herfor; medmindre der konkret gør sig særlige omstændigheder gældende. Aftalen om bod vil således have en klart præventiv effekt, idet den ansatte på forhånd véd, at han kun i ganske særegne tilfælde vil slippe for at betale - fuld - bod. Dette skal imidlertid ses i lyset af, at domstolene i ansættelsesforhold opererer med en maximums grænse for bod på 6 - 12 mdr.s løn, og at erstatning herudover kun kan antages at blive tilkendt, hvis virksomheden dokumenterer et tab, der er større end den aftalte bod.

Uanset at der således er en maximumsgrænse for, hvilke konventionalbøder der kan aftales i ansættelsesforhold, vil en bod om 6 - 12 mdr.s løn dog have en klar præventiv effekt i forhold til de ansatte; og erstatninger i denne størrelsesorden kan ikke antages generelt at blive tilkendt virksomheden uden aftale om bod. Det skal dog bemærkes, at det ofte kan være vanskeligt at forudberegne de mulige tab, virksomheden kan blive påført ved den ansattes pligtkrænkelse, og at virksom-

⁴¹ Jfr. U 1937.1162 Øld, U 1918.357 Vld og utrykt Shd i sagerne F 98 og F 517/1981 af 19/4-1983 - Pilvad.

heden har visse muligheder for at få tilkendt erstatning, hvis den tidligere ansatte enten fremstiller et konkurrerende produkt eller krænkelsen er grov - jfr. kap. 8.2. En konventionalbods væsentligste betydning må således antages at ligge i, at den støtter en konkurrenceklausul og således kan virke som motiverende faktor i sig selv og sammen med mulighederne for at nedlægge fagedforbud; jfr. kap. 10.

KAP 10. FORBUD - SÆRLIGT OM FOGEDFORBUD¹

10.1. Forbud - genstand og retsvirkning

Som nævnt i kap. 9.2.2 er virksomhedernes interesse primært knyttet til, at de ansatte respekterer deres forpligtelser, og at en given krænkelse bringes til ophør. Dette hænger sammen med, at den typiske interesse i det krænkede forhold er knyttet til den langsigtede økonomiske investering og udbyttet heraf. Krænkelsens betydning for virksomhederne kan således ikke opgøres direkte økonomisk, idet den påvirker konkurrenceevnen og dermed har en langsigtet effekt på virksomhedernes økonomi.² Dette skal også sammenholdes med, at domstolene som udgangspunkt alene tilkender erstatning for økonomisk tab. Der vil således være en afgørende forskel på arten af de skader og størrelsen af de tab, krænkelsen påfører virksomhederne, og over til de erstatningsbeløb, virksomhederne kan få tilkendt ved domstolene - jfr. kap. 8. I dette kapitel skal det belyses, i hvilke tilfælde fagedforbud kan anvendes overfor den ansatte, således at krænkelsen kan bringes til ophør; jfr. også kap. 3 - 6, og hvilke problemer der er forbundet med at få nedlagt fagedforbud.

Det afgørende ved et forbud er at hindre eller afbryde den handling, der er retsstridig i forhold til virksomheden.³ Forbudsreaktionen er en undladelsespligt, og den forudsætter, at virksomhedens retsstilling kan ændres, hvis den tidligere

¹ Palmgren s. 194ff, Markedsret s. 188ff, Konkurrenceret s. 106f, Jacobi i U 1968B.47ff, Kobbernagel I s. 211 og 229f, Plesner i NIR 1981.18ff, samme i NIR 1986.367ff, Lærebog i imm.ret s. 275ff, Koktvedgaard s. 363ff og 371ff, Munch i U 1981B.45ff, SOU 1983:52 s. 276, Jens Anker Andersen og Erik Werlauff i U 1986B.63ff, Stuer Lauridsen i U 1985B.300ff, Knud Ehlers - Håndhævelse af Undladelsespligter - Kbh. 1955 - anmeldt af Knud Illum i U 1956B.15f. Se generelt Gomard Fogedret 3. udg. s. 353ff, Kommenteret Retsplejelov 4. udg. bind II s. 389ff, Jens Anker Andersen - fogedsager s. 513ff, Bet. 416/1966 s. 84ff og 94 og Bet. 1107/1987 om arrest og forbud.

² Jfr. Jacobi i U 1968B.47ff og Koktvedgaard - lærebog s. 275ff, samme i J 1966.49ff.

³ Med et citat fra rpl. § 641 om fagedforbud: "Fogedretten kan ved forbud pålægge private ... at undlade handlinger, som strider mod rekvirentens ret." Et fagedforbud kan selvstændigt kræves overholdt - jfr. rpl. § 645 vedr. muligheden for at få fogedrettens bistand hertil og § 651 om bøder.

ansatte enten undlader en given fremtidig handling eller ophører med en igangværende handling. Hvis handlingen f.eks. allerede er realiseret, eller krænkelsen alene kan standses ved at pålægge den ansatte en videregående pligt end ansættelsesforholdet i sig selv medfører, kan forbud ikke nedlægges. Forbud er således afhængigt af, hvilke pligter der påhviler den ansatte, og hvorledes krænkelsen manifesterer sig; jfr. herom nedenfor.⁴

10.2. Fogedforbud - forbudsdom

En kendelse om forbud - eller en dom herom - fastslår alene, at et nærmere angivet forhold er retsstridigt - altså en konstaterende afgørelse i modsætning til en konstitutiv, hvor forholdet først bliver retsstridigt ved afsigelsen.⁵ Forbudsreaktionen bliver således først aktuel, når den forpligtede enten har realiseret sin påtænkte handling, eller det er blevet klart, at han vil realisere denne.

Forbud kan nedlægges enten ved almindelig civil dom eller ved fogedrettens kendelse. Det er principielt den samme vurdering, der skal foretages i de to instanser - hvorvidt den forpligtedes handling er retsstridig i forhold til rekvirenten, og om nedlæggelse af forbud kan ændre noget heri. Forskellen kan alene antages at bestå i tidspunktet for retsmidlets anvendelse, og at der som en konsekvens heraf er forskellige beviskrav ved det civile søgsmål og i fogedretten, jfr. rpl. § 642. I fogedretten skal der foretages en vurdering, der skal komme så tæt på det rigtige materielle resultat som muligt - under passende hensyntagen til rekvirentens interesse i en hurtig afgørelse og retsmidlets karakter af en foreløbig

⁴ Jfr. bet. 1107/87 s. 54 og Gomard Fogedret s. 357.

⁵ Jfr. Mogens Munch i U 1981B. 45 ff.

afgørelse, hvor den endelige stillingtagen finder sted i den efterfølgende justifikationssag.⁶

Anvendelsen af fogedforbud er langt at foretrække, da dette nedlægges i umiddelbar forbindelse med, at krænkelsen konstateres, og således har en reel mulighed for at standse denne. Dette er en konsekvens af, at sagsbehandlingstiderne ved de ordinære domstole reelt gør forbudsdommen uinteressant; når endelig dom afsiges, har den forpligtede haft fuldt tilstrækkeligt med tid til at videre udvikle det beskyttelsesværdige forhold.⁷

10.3. Fogedforbud - Loyalitetspligt overfor Erhvervsforbud

10.3.1. Fogedforbuddets grundlag

I retsplejelovens kap. 57 er der hjemmel til at nedlægge foreløbigt forbud ved fogedretten, hvor forbuddets retmæssighed afgøres ved en efterfølgende retssag.⁸ Denne adgang til at nedlægge foreløbigt forbud er af afgørende interesse for virksomhederne, da fogedretten træffer afgørelse på et summarisk grundlag og derved kan tage stilling til forbudspåstanden betydeligt hurtigere, end det er muligt for de ordinære domstole.⁹

Rekvirenten skal - iht. rpl. § 642 - *godtgøre eller sandsynliggøre*

⁶ Jfr. bet 1107/1987 s. 89ff.

⁷ Se f.eks. U 1982.1149 Shd - Rulletransportbånd, hvor det produkt, som der nedlagdes forbud imod, ikke længere markedsførtes. Se også U 1980.717 HD - Krøyer, hvor beskyttelsesperioden var udløbet ved domsafsigelsen. Se heroverfor f.eks. U 1933.971 Øld, hvor der afsagdes dom i justifikationssagen 42 dage efter, at forbuddet var nedlagt.

⁸ Ved forbud tænkes der ikke på forbrugerombudsmandens mulighed for efter mfl. § 16 selv at nedlægge foreløbigt forbud i sager om overtrædelse af mfl. §§ 1 - 5 og 8a.

⁹ Betænkning nr. 1107/ 1987 om arrest og forbud s. 88ff. Reglerne om fogedforbud skal afveje hensynet til den hurtige og effektive retshåndhævelse overfor hensynet til at sikre en forsvarlig afgørelse i forhold til rekvisitus.

1. at de handlinger, der søges forbudt, strider mod rekvirentens ret
2. at rekvisitus vil foretage de handlinger, som søges forbudt, og
3. at formålet vil forspildes, såfremt rekvirenten henvises til at gøre sin ret gældende ved almindelig rettergang.

I punkt 2 angives, at forbud alene kan anvendes mod en konkret krænkelse; dette vil der ofte være tvist om. Punkt 3 er essentielt for rekvirenten, da interessen i at få nedlagt forbud så tidligt som muligt for herved at værne virksomhedens ret skal dokumenteres inden for de i fogedretten begrænsede muligheder for bevisførelse. Fogedforbud er subsidiært i forhold til alm. civilt søgsmål, og det må ved vurderingen anses for afgørende, om der er en væsentlig interesse, der vil blive uopretteligt krænket; dette vil sædvanligvis være opfyldt i konkurrencesager - jfr. ovenfor.

Der sker således en foreløbig materiel vurdering af den konkrete virksomheds beskyttelsesværdige forhold, hvorvidt rekvisiti handling er retsstridig i forhold hertil og af, om rekvisitus konkret vil foretage handlinger, der strider imod rekvirentens ret. Endvidere skal det sandsynliggøres, at det er nødvendigt at fremskynde nedlæggelsen af forbud, for at rekvirenten ikke skal lide retstab. Det skal således overvejes, hvorvidt erstatning, straf eller sikkerhed stillet af rekvisitus i tilstrækkeligt omfang kan værne rekvirentens ret - jfr. rpl. § 643, men dette vil kun helt undtagelsesvist være tilfældet i konkurrence- og immaterialretssager, hvor alene et forbud reelt kan sikre virksomheden.¹⁰ Det er således ikke uden problemer at begære nedlæggelse af fogedforbud, idet nedlæggelse af forbud stiller betydelige krav til *beviset for krænkelse* af den til grund liggende materielle ret. Fogedforbuddet skal endvidere begrænses til alene at angå sådanne handlinger, som er retsstridige i forhold til virksomheden og det må ikke udstrækkes længere

¹⁰ Betænkning nr. 1107/1987 s. 62ff og s. 93f.

end nødvendigt for at værne rekvirentens ret - vurderet ud fra det til grund liggende materielle forhold; jfr. herom nedenfor.

Kravene til bevis i fogedretten har undergået forandring ved indførelse af de nye regler i retsplejeloven.¹¹ Herved er beviskravene ændret, således at det ikke længere er tilstrækkeligt til at få nedlagt forbud, at rekvirentens ret kan være krænket; det skal nu godtgøres eller sandsynliggøres, at de angivne handlinger er retsstridige i forhold til rekvirenten. Det afgørende i ændringen ligger deri, at risikoen for manglende bevis i fogedretten er flyttet fra rekvisitus over til rekvirenten, således at fogedforbud nægtes ham i en situation, hvor hans ret kan være krænket, uden at dette er bevist eller i tilstrækkelig grad sandsynliggjort.

Beviskravene vil være helt afhængig af den konkrete situation. Givet er det, at der ikke kan kræves fuldt bevis, idet retsmidlet da vil blive helt illusorisk. Der er ved de nye regler tilvejebragt hjemmel for fogedretterne til at henvise parterne til at anlægge civilt søgsmål i tilfælde, hvor det er tvivlsomt ud fra en materiel vurdering, hvilket udfald en civil retssag om det omhandlede spørgsmål vil få. Herved afskæres de mest tvivlsomme og omdiskuterede sager - f.eks. benzinsagerne - hvor det har været klart, at rekvisitus i et eller andet omfang havde krænket rekvirenternes rettigheder; uden det var klart, hvad dette ville medføre - om det alene gav hjemmel for erstatning eller også for forbud.

Den til grund for dette arbejde liggende retspraksis er udformet under anvendelse af de hidtil gældende regler. Ændringen skal dog ikke tillægges for megen betydning inden for immaterialretskrænkelse og konkurrencesager, idet behovet for at anvende fogedforbud her er indiskutabelt,¹² og fordi domstolene også ud

¹¹ Jfr. lov nr. 731 af 7/12-1988

¹² Se herom lærebog i imm.ret s. 277, Konkurrenceret s. 106f, 255 og 260 og bemærkningerne til lovforslaget om ændring af fogedforbudsreglerne s. 10f.

fra de hidtil gældende regler har afslået at nedlægge fogedforbud i tilfælde, hvor krænkelsen ud fra en materiel vurdering var tvivlsom.¹³

Der stilles krav til den *dokumentation*, som den berettigede kan anvende som grundlag for sin ret, og det er her - som i andre tilfælde - nemmere at dokumentere forhold, der fremgår af et af parterne i fællesskab udfærdiget dokument; f.eks. en konkurrenceklausul, men det er sædvanligvis ikke her, at dokumentationsproblemet er vanskeligst. Virksomhederne besidder sædvanligvis adskilligt materiale, som kan anvendes til denne dokumentation; hvis det iøvrigt findes opportunt aht. de almindelige konkurrencehensyn, hvor mulighederne for hemmeligholdelse er af væsentlig betydning. Det vil dog være lettere at overbevise retten om, at et angivet forhold er retsstridigt i forhold til virksomheden, hvis der kan fremlægges en konkurrenceklausul, der tager stilling til forholdet; jfr. nedenfor. *Syn og skøn* kan kun anvendes i særegne tilfælde, da dette vil trække sagsbehandlingen i langdrag, men omvendt kan forbud begæres, når resultatet af et syn og skøn foreligger.¹⁴

Det er straks vanskeligere at dokumentere, at en aktuel *handling er retsstridig* i forhold til virksomheden eller at den forpligtede konkret vil foretage en retsstridig handling. Dokumentationen vil være afhængig af den konkrete situation og må vurderes ud fra almindelige regler.¹⁵ Der vil her være forskel på mulighederne for at løfte denne bevisbyrde, alt efter om det skal ske for fogedretten eller under et civilt søgsmål, der først skal behandles efter flere års forløb, idet i det sidste tilfælde vil det i almindelighed kunne ses, hvorvidt den påståede handling var retsstridig eller faktisk blev foretaget.

¹³ Jfr. Jacobi i U 1968B.47ff, U 1989.93 Ølk, U 1988.775 Shd - Gilleleje Signal, U 1987.543 Shd - Pia Holten, U 1982.1149 Shd - Rulletransportbånd.

¹⁴ Jfr. NIR 1985.332 - Købmandsfigur og Plesner i NIR 1981.18ff.

¹⁵ Jfr. Jacobi i U 1968B.47ff. Se Gomard Fogedret s. 367f og U 1939.324 HD.

Hvis der ikke kan føres fuldt bevis for, at den forpligtedes handling strider mod virksomhedens ret, men dette dog er tilstrækkelig sandsynliggjort, skal virksomheden, jfr. rpl. § 644, *stille sikkerhed* for den 'skade og ulempe, som kan påføres rekvisitus ved forbuddet.' Sikkerheden stilles for det tilfælde, at fagedforbuddet enten er uberettiget eller for vidtgående, og det må her være op til rekvisitus overfor fagedretten at dokumentere, hvilke skadevirkninger fagedforbuddet har. Det er den fremtidige ulempe, sikkerheden skal kompensere - i form af mistet afsætning, mindre indtjening, tabte investeringer og faste udgifter i forbudsperioden - og da et forbud kan være afgørende for såvel virksomhedens som konkurrentens overlevelse, bør sikkerheden ikke udmåles for lavt.¹⁶

Hvis der er tvivl om, hvorvidt *grundlaget for rekvirentens* ret strider mod andre regler - jfr. f.eks. afl. § 38, FUL § 18, EØF art. 85 m.v. - skal fagedretten tage stilling hertil og i givet fald afslå at nedlægge forbud.¹⁷

10.3.2. Fagedforbuddets genstand¹⁸

Det er afgørende for nedlæggelsen af fagedforbud, hvorvidt grundlaget for pligten og retsstridighedsvurderingen er mfl. §§ 1 og 9, en loyalitetspligt eller en konkurrenceklausul, idet et forbud alene kan rettes mod den retsstridige handling og således ikke kan udstrækkes længere end den forpligtelse, der påhviler den ansatte. Ved vurderingen af produktplagiering i henhold til mfl. § 1 skal forbuddet

¹⁶ Sikkerheden udmåles sædvanligvis rundeligt - jfr. Plesner i NIR 1981.18ff og Lærebog i imm.ret s. 275ff med eksempler på afgørelser herom. Se også Jacobi i U 1968B.47ff. Uanset at forbud først er nedlagt, når sikkerheden er stillet - jfr. rpl. § 647 stk. 3 - kan en udmåling af sikkerhed i overkanten af det nødvendige ikke sidestilles med en nægtelse af forbud; jfr. U 1983.970 Ølk. Sikkerheden fastsættes af fagedretten; med mulighed for at indbringe spørgsmålet for landsretten, jfr. rpl. § 650.

¹⁷ Jfr. U 1984.632 Vlk. Den hidtidige rpl. § 647 stk. 2 er udgået som overflødig i lyset af de skærpede krav til bevisførelsen - jfr. bet. 1107/87 s. 93.

¹⁸ Ud fra de konkrete omstændigheder kan fagedforbuddet også rettes mod den konkurrent, der samarbejder med den forpligtede - jfr. til ex. U 1986.268 Shd - Ceolein. Se om denne problemstilling også U 1980.717 HD - Krøyer og U 1975.1049 HD - Dancom; jfr. kap. 6.

formuleres således, at virksomheden alene får eneret til sin konkrete udformning af produktet; og ved krænkelse af en loyalitetspligt, således at der ikke pålægges den ansatte et egentligt erhvervsforbud, men f.eks. alene nedlægges forbud mod specifikke kundehenvendelser.

Hvis forbuddet er formuleret mere vidtgående end berettiget, eller det er for upræcist formuleret, eller det generelt er uberettiget, risikerer rekvirenten, at det hhv. bliver delvist tilsidesat eller ikke kan håndhæves; og at det kan give anledning til et *erstatningskrav fra rekviritus* - jfr. rpl. § 648 jfr. § 639.¹⁹ Det er således af afgørende betydning for rekvirenten - og naturligvis også for rekviritus - at forbuddet bliver formuleret så præcist som muligt i forhold til den påståede krænkelse.²⁰ Med henblik herpå og for at rekviritus kan gøre sine indsigelser gældende, skal retsforholdet belyses så grundigt som muligt - allerede i fogedretten.

Det er endvidere afgørende for nedlæggelsen af fogedforbud, hvorvidt forbuddet kan standse krænkelsen. Forbud kan ikke nedlægges, hvis den retsstridige handling er realiseret,²¹ eller krænkelsen alene materialiserer sig i sådanne forhold, som forpligtelsen ikke giver mulighed for at forbyde.²² Der kan være mange

¹⁹ Se herom Stuer Lauridsen i U 1985B.300ff. U 1990.327 Shd - erstatning kr. 4 mio. (krav på kr. 5.940.000,-), jfr. U 1988.849 HD. Utrykt Shd af 21/11-89 i sag H 408/87 - Sugemundstykke - erstatning kr. 100.000,- (krav på kr. 875.853,-), U 1984.567 Shd - USSC - erstatning kr. 150.000,-, U 1968.117 Shd - Melitta - erstatning fastsattes til den forpligtedes løn, se tilsvarende U 1933.971 Øld og også U 1931.1108 Øld, hvor erstatningen fastsattes til kr. 3.000,-. I U 1981.946 HD - Marmorbordstel - udsattes spørgsmålet til selvstændig behandling. Se heroverfor utrykt Shd af 17/6-1988 i sag H 126/87 - Vagtselskabet Danmark - hvor der ikke blev tilkendt nogen erstatning, da der ikke var lidt et tab, og i samme retning U 1953.981 Shd. Se også U 1982.646 Shd, U 1976.408 Vld, U 1976.572 Shd, U 1974.944 Øld, U 1971.61 HD og U 1963.49 HD.

²⁰ Jfr. Gomard Fogedret s. 368 og 375f.

²¹ Jfr. Fogedsager s. 518f og U 1980.604 Shd - Nordfyns vejviser, U 1958.674 Shd - Flash og U 1964.484 Øld.

²² Jfr. U 1980.717 HD - Krøyer og U 1975.1049 HD - Dancom.

grunde hertil; manglende årsagsforbindelse mellem krænkelsen og konkurrentens produkt,²³ eller at spørgsmålet om forbud først bliver aktuelt på et tidspunkt, hvor konkurrenten kunne have udviklet et selvstændigt produkt, og krænkelsen således primært karakteriseres ved, at konkurrenten har tilegnet sig virksomhedens konkurrencemæssige forspring og dermed har undgået betydelige investeringer af kapital og arbejdskraft - jfr. U 1975.1049 HD - Dancom.²⁴

10.3.3. Voldgift og hemmelighed

Der er også andre problemer forbundet med at håndhæve sin ret ved fogedforbud. Et forbud kan berøre virksomhedens erhvervshemmeligheder, som der ikke ønskes offentliggjort om, og der vedtages ofte voldgiftsklausuler i kontrakter herom. Sådanne antages ikke at have betydning for spørgsmålet om anvendelse af foreløbige retsmidler - ikke engang ved udtrykkelig bestemmelse herom.²⁵ Fogedforbud kan således kræves, og dette skal ske ved en offentlig fogedforbudssag. Efter min opfattelse må der kunne lægges vægt på en udtrykkelig vedtagelse herom, men kravene til vedtagelsens klarhed vil være store.

Der kan i et vist omfang også finde en sikring af erhvervshemmelighederne sted efter de almindelige regler i retsplejelovens § 29 ff, hvor retten bl.a. kunne bestemme, at dørene skal lukkes. Under hensyntagen til at domme og kendelser iht. rpl. § 41 i deres helhed er offentlige, kan dette kun antages at have marginal betydning.²⁶

²³ Jfr. U 1982.1149 Shd - Rulletransportbånd, U 1974.463 HD - Blomin, U 1963.582 HD - Bilwinco og U 1960.1042 HD - Fiskefilet

²⁴ Jfr. Munch i U 1981B.45ff. Denne synsvinkel må afhænge af det krænkede forholds karakter, hvor f.eks. produktplagiering principielt er retsstridig uden tidsbegrænsning. Et fogedforbud kan således alene tidsbegrænses, hvis den til grund liggende forpligtelse er dette - jfr. U 1983.980 Øld. Se også Kap. 14 om den tidsmæssige udstrækning af forpligtelsen.

²⁵ Jens Anker Andersen og Erik Werlauff i U 1986B. 63 ff. Se også U 1980.259 Vlk.

²⁶ Bernhard Gomard, Civilproces 3. udgave s. 352ff. Se vedr. fogedrettens sagsbehandling - J.A. Andersen: Tvangsfuldbyrdelse 2. udg. s. 223f.

10.4. Forbud - vurdering

Uden konkurrenceklausul er mulighederne for at nedlægge fogedforbud alene en realitet, hvis der foreligger en krænkelse af virksomhedens immaterialrettigheder, mfl. § 9 eller en klar krænkelse af loyalitetspligten. Fogedforbud vil her være den eneste mulighed for at sikre virksomheden, idet virksomheden ikke vil have behov for et forbud på grundlag af en almindelig retssag. På tidspunktet for domsafsigelsen *er* kendskabet til virksomhedens forretningsforbindelser misbrugt, konkurrenten *har* videre udviklet virksomhedens viden, således at konkurrentens produkter ikke længere er et resultat af krænkelsen, og salgspotentialet af et plagiat produkt *er* udtømt. Behovet for at kunne anvende fogedforbud er således også et spørgsmål om berømmelsestider ved de almindelige domstole og ikke alene, at sager af denne art på grund af deres komplicerede indhold kan tage lang tid at behandle.

En konkurrenceklausul vil afgørende ændre mulighederne for at nedlægge fogedforbud. Der kan her gribes ind fra virksomhedernes side, hvis de ansatte ikke respekterer de indgåede forpligtelser; uanset krænkelsen ikke manifesterer sig i fremstillingen af et konkurrerende produkt, henvendelse til den enkelte virksomheds forretningsforbindelser m.v. Selve den konkurrerende virksomhed eller samarbejdet med en sådan kan forbydes. Muligheden herfor vil have en klar præventiv effekt, og et forbud må antages at nedsætte konkurrentens økonomiske udbytte af krænkelsen.²⁷

Man kan måske ikke herved hindre det uafvendelige, at den ansatte fratræder sin stilling i virksomheden, og at han - på et senere tidspunkt - indleder samarbejde med en konkurrent, men virksomheden kan få tid til at sikre sit konkurrence-

²⁷ Overtrædelse af forbuddet er selvstændigt sanktioneret - jfr. rpl. § 651. Kortvarige konkurrenceklausuler påberåbes undertiden alene som grundlag for en konventionalbod - jfr. U 1988.1061 HD - Nejstgaard og Vetlov, U 1976.813 Shd - Canada, U 1964.533 Shd - Gram, U 1972.702 HD - Würth, U 1972.449 Øld - Varmetæpper, U 1972.1028 Shd, U 1946.249 HD og utrykt Øld B. afd. a.s. nr. 172/85 af 6/2 - 1986 - Tapetvarer.

mæssige forspring og kontakten til sine forretningsforbindelser og dermed sine investeringer. Endvidere er vedtagelsen af en konkurrenceklausul virksomhedens eneste reelle mulighed for at sikre sin forskning og udvikling, jfr. mfl. § 9, idet beviset for krænkelse af mfl. § 9 kan være vanskeligt at føre, og der uden konkurrenceklausul ikke kan nedlægges forbud mod det samarbejde med en konkurrent, der er den reelle trussel mod virksomheden.

KAPITEL 11. STRAF¹

Der kan være flere begrundelser for at anvende strafsanktionen i konkurrencesager mellem virksomhederne og heri ansatte personer. Som gennemgået i kap. 8 og 10 kan erstatning og forbud kun anvendes i beskeden omfang; et økonomisk tab kan være vanskeligt at dokumentere, og en krænkelse kan ikke nødvendigvis imødegås ved et forbud. Anvendelsen af en strafferetlig sanktion kan her være aktuel, og dette gælder i særlig grad i forhold til ansatte, der har et indgående kendskab til virksomhedens tekniske eller kommercielle erhvervshemmeligheder. - Skaderne forårsaget af disse ansattes brud på deres forpligtelse i henhold til mfl. § 9 kan være meget betydelige, og de kan afgørende påvirke virksomhedernes konkurrenceevne. Samtidig kan skaderne kun vanskeligt opgøres økonomisk, og krænkelsen kan - som nævnt - ikke altid standses ved et forbud; ikke engang ved at aftale en konkurrenceklausul kan krænkelsen altid standses, idet denne kan ske alene ved at røbe forholdet til en konkurrent.² I sådanne tilfælde vil risikoen for at blive straffet kunne være den faktor, der motiverer de ansatte til at overholde forpligtelsen.³

Markedsføringsloven giver mulighed for at straffe overtrædelser af mfl. § 9 med bøde, hæfte eller fængsel i indtil 2 år - jfr. mfl. § 19, stk. 5. Dette er en straf ramme, der i sig selv skulle kunne virke afskrækkende, men problemet er, at straf muligheden så godt som ikke anvendes; og i de tilfælde hvor dette sker, er

¹ Greve s. 79ff, Markedsret s. 232ff - se også s. 188ff, Konkurrenceret s. 259f, Hemmelighed s. 31ff, Lærebog i imm.ret s. 278f, Koktvedgaard s. 296ff, Carlsen s. 365ff, Ståhlros s. 365ff, SOU 1983:52 s. 271ff og 316f.

² En sådan handling vil kun vanskeligt kunne bevises, omend den principielt vil være omfattet af mfl. § 9, stk. 4 - jfr. kap. 2.2.3.3.

³ Jfr. SOU 1983:52 s. 316f, Hemmelighed s. 31ff, Lærebog i imm.ret s. 278f og Koktvedgaard s. 298 og bet. 416/1966 s. 33f. I lag om skydd för företagshemligheter af 31. maj 1990 er alene 'företagsspioneri' mv. straffebelagt - i modsætning til ansattes anvendelse af deres kendskab til virksomhedernes erhvervshemmeligheder.

sanktioner yderst beskedne.⁴ Af denne grund er strafmulighedens effekt som motiverende faktor så godt som ikke eksisterende.⁵

Begrundelsen for den manglende anvendelse af påtalemuligheden skal antagelig ses i, at straf i henhold til mfl. § 19, stk. 5, er undergivet betinget offentlig påtale. I privatretlige forhold virker strafmuligheden 'fremmedartet', idet den inddrager anvendelse af sanktioner, hvorover de involverede parter ingen indflydelse har.⁶ Ligeledes kan den illoyale konkurrence opfattes som et modstykke til den loyale konkurrence, og et misbrug af tillidsforholdet skal således være groft, førend udenforstående ønskes inddraget. Det skal her erindres - jfr. kap. 2.2 - at den i mfl. § 9 videreførte bestemmelse blev indført for at støtte virksomhedernes muligheder for at bevare deres erhvervshemmeligheder i forhold til de ansatte, men effekten heraf kan således alene antages at ligge i markedsføringslovens anvendelse som grundlag i civilretlige tvister.⁷

Ved erstatningskrav skal en krænkelse af mfl. § 9 bevises og tab dokumenteres, men jfr. kap. 8. kan der være en tendens til at lempe kravene hertil. Dette kan imidlertid ikke antages at være tilfældet ved spørgsmålet om straf, idet uanset at der alene stilles krav om uagtsom handlemåde, vil beviskravene på grund af

⁴ Som ex. på frifindende domme - U 1974.463 HD - Blomin, U 1963.582 HD - Bilwinco, U 1960.236 Vld - Vandanalyse, U 1931.775 Øld - Trifolium, U 1920.888 HD - Formaldehyd (jfr. U 1920.259 Shd). Som ex. på domfældelser - U 1975.1049 HD - Dancom - bøde kr. 5.000,- subsidiært hæfte i 30 dage, U 1950.929 Shd - bøde kr. 100,-, U 1942.94 HD - Kundelister - 25 dagbøder á kr. 4,- subsidiært hæfte i 25 dage, U 1930.246 HD - Piskefløde - bøde kr. 1.000,- til såvel den ansatte som den medvirkende, U 1918.564 Shd - Formaldehyd - bøde kr. 300,-.

⁵ En evt. skjult motiverende virkning lades under hensyntagen til den beskedne strafudmåling ude af betragtning.

⁶ Efter at strafframmen er skærpet til at omfatte fængsel i op til 2 år, kan private ikke selv påtale spørgsmålet om straf - jfr. rpl. § 726, stk. 2. Siden dette er sket, ses der ikke at være trykte afgørelser om straf.

⁷ Hemmelighet s. 2f. Se vedr. Straffeloven §§ 263 og 264 - Greve s. 79ff og bl.a. U 1989.672 HD.

sanktionens art let blive skærpet i forhold til spørgsmålet om erstatning.⁸ Der kan således evt. være en tendens til ikke at rejse krav om straf for ikke at skulle operere med forskellige beviskrav.

I vurderingen af retsstridigheden i konkurrencesager indgår der såvel retlige som moralske elementer - jfr. kap. 2.2.1 - hvor retsstridigheden ofte vil bero på en afvejning af indbyrdes modstridende interesser. Denne manglende klarhed over retsstridigheden førte til, at overtrædelse af mfl. § 1 ikke blev belagt med straf - jfr. bet. 416/1966 s. 84 - idet afvejningen ville gøre anvendelsen af strafsanktionen betænkelig ud fra retssikkerhedshensyn. I relation til mfl. § 9 kan anføres, at spørgsmålet om overtrædelse af mfl. § 9 ligeledes beror på en afvejning af hensynet til den fri konkurrence overfor hensynet til virksomheden, men at denne vurdering ikke altid vil være så tvivlsom som ved mfl. § 1 - jfr. kap. 6. Afvejningen i henhold til mfl. § 9 vil dog stadig ofte bero på et skøn, og den manglende klarhed over forpligtelsen vil føre til, at kun meget klare overtrædelser vil blive mødt med straf.⁹

Overtrædelser af mfl. § 9 vil således kun blive mødt med straf i de tilfælde, hvor forholdet er en grov overtrædelse af forpligtelsen, og hvor den krænkede virksomhed har fundet anvendelse af strafmuligheden acceptabel. Domstolenes mulige reaktion overfor denne potentielle forskelsbehandling af ensartede situationer vil være alene at udmåle beskedne straffe. Problemstillingen vil ikke blive uddybet yderligere her.

⁸ Se om denne problemstilling Greve s. 124f, Markedsret s. 233f, Carlsen s. 367, Ståhlros s. 365ff.

⁹ Ståhlros s. 365ff

Afsnit IV Særlige problemer ved konkurrenceklausuler

KAPITEL 12 BETROELESKRAVET¹

12.1. Ansatte uden for funktionærloven

For ansatte, der ikke omfattes af Funktionærloven (FUL), er det muligt at aftale en konkurrenceklausul - jfr. afl. § 38. For overordnede ansatte fremgår dette af kap. 5, men også for andre ansatte vil dette ud fra en teoretisk betragtning være muligt - jfr. også den i § 18 anførte adgang til at aftale konkurrenceklausuler med ikke betroede funktionærer, med hvem arbejdsgiveren indgår en aftale om udnyttelse af en opfindelse.

Underordnede ansatte uden funktionærstatus² vil sædvanligvis ikke være i en position, hvor de har kendskab til forhold, der kan påvirke virksomhedens konkurrenceevne, men det kan dog ikke udelukkes, at det konkret kan være tilfældet. F.eks. kan anføres den ansatte, der får overladt tegninger og beskrivelser m.v. - jfr. mfl. § 9, stk. 3 - med henblik på udførelse af et nærmere afgrænset arbejde. Bortset fra sådanne tilfælde, hvor det konkret kan bevises, at den ansatte har kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder m.v., vil den ansattes særlige fortrin ofte ligge i hans handelag og almindelige faglige dygtighed. Det er klart, at hvis dette anvendes i konkurrence med virksomheden, vil det kunne mærkes, men dette kan ikke 'række til' at pålægge den pågældende ansatte en konkurrenceklausul.³

¹ Se herom Carlsen s. 371ff og 374, Kaj Petersen s. 355ff, Ansættelsesretten s. 343f, Carlsen i J 1963.461ff og i U 1964B.168ff, Palmgren s. 125ff.

² Se herom Carlsen s. 57ff, Kaj Petersen s. 27ff

³ U 1933.971 Øld - se heroverfor U 1981.731 Vld - Slidbanedæk, Koktvedgaard s. 289. Jfr. kap. 2.3.3 og 2.3.4 skal den ansatte kunne påvirke en virksomhed på grund af sit kendskab til dennes beskyttelsesværdige forhold.

12.2. Ansættelse i - eller etablering af - konkurrerende virksomhed

I forarbejderne - jfr. kap. 2.3.6 - blev det anset for en skærpende omstændighed, at 'underordnede' ansatte udover hindringen i at etablere egen konkurrerende virksomhed også blev hindret i at *tage ansættelse* i en konkurrerende virksomhed. Denne sondring kan begrundes i, at etablering af egen virksomhed altid vil indebære skabelsen af eksterne relationer - forretningsforbindelser, kunder, agenturgivere m.v. - hvor et ansættelsesforhold ikke nødvendigvis behøver at indebære dette. På den anden side er det ikke alene de eksterne relationer, der afgør, om en virksomheds markedsmæssige position kan påvirkes. En tekniker med kendskab til virksomhedens - tekniske - erhvervshemmeligheder kan såvel ved ansættelse tilføre konkurrenterne viden, der vil påvirke virksomhedens markedsposition, som han - ved etablering af egen konkurrerende virksomhed - vil være fristet til at misbruge sit kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder; jfr. kap. 6. Det må således antages, at der ikke generelt kan foretages forskellige vurderinger af den ansattes etablering af egen konkurrerende virksomhed eller ansættelse hos en allerede etableret konkurrent.

Det centrale i denne forbindelse er, at virksomhederne skal sikres imod, at konkurrenterne får mulighed for at få kendskab til og anvende virksomhedernes erhvervshemmeligheder m.v. Herudfra kan det ses, at det vil afhænge af det beskyttede forholds karakter, hvorvidt ansættelse i en konkurrerende virksomhed vil kunne påvirke en virksomheds konkurrenceevne i lige så høj grad som den forpligtedes etablering af selvstændig virksomhed.⁴ Det må i denne forbindelse erindres, at en nyetableret konkurrent ofte vil være i en betydeligt svagere

⁴ Se herom Palmgren s. 125ff, s. 141ff og s. 191ff, hvor han argumenterer for, at underordnede ansatte, der ikke har kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder eller kundekontakt, i mindre omfang vil kunne forvolde skade ved ansættelse hos en konkurrent end ved etablering af konkurrerende virksomhed. Palmgren påpeger dog, at hvis der sker misbrug af kendskab til kunder og erhvervshemmeligheder - jfr. kap. 3 - 6 - vil samarbejde med en konkurrent være lige så skadelig for virksomheden som den forpligtedes etablering af egen virksomhed. For underordnede ansatte uden kendskab til disse forhold vil der ikke ud fra aftl. § 38 være mulighed for at aftale en konkurrenceklausul; jfr. U 1937.397 Øld og U 1957.592 Shd; de vil heller ikke indtage en 'særlig betroet stilling'.

konkurrenceposition end den gennem lang tid etablerede konkurrent, således at den forpligtedes samarbejde med konkurrenten af denne grund kan være særdeles skadelig for virksomhedens konkurrenceevne. Indførelsen af kravet om, at den forpligtede skal indtage en 'særlig betroet stilling, kan heller ikke anses for egnet til at varetage denne sontring, idet 'kravet' relaterer sig til stillingens faktiske indhold og mulighederne for at påføre virksomheden illoyal konkurrence - jfr. U 1987.543 Shd. En evt. mindre vital krænkelse af konkurrenceklausulen kan alene have betydning for erstatningskravets størrelse. Der må således foretages en konkret vurdering af, hvorvidt klausulen rækker videre end nødvendigt for at beskytte virksomheden - i lyset af den ansattes økonomiske behov.⁵

12.3. Kriterier i en betroelsesvurdering

Betroelsesbegrebet i loven er ikke nærmere defineret, men kravet om 'særlig betroet stilling' er for funktionærer en gyldighedsbetingelse for vedtagelse af konkurrenceklausuler.⁶ Der ligger ikke heri, at medarbejderen skal være 'meddelt' nogle oplysninger, men det er på den anden side klart, at hvis den ansatte ved sin ansættelse - for at bestride sit job "... har adgang til oplysninger, der til skade for arbejdsgiveren vil kunne udnyttes af konkurrerende virksomheder",⁷ vil stillingen sædvanligvis være 'særlig betroet'.⁸ Dette er imidlertid ikke den fulde problemstilling, idet en ansat kan være i en position, hvor han på arbejdsgiverens bekostning har oparbejdet et vist marked, som han alene har kontakten til. Dette

⁵ Se kap. 2.3 og Palmgren s. 128ff og s. 131ff.

⁶ Jfr. udvalgsbetænkning FT 1963/64 B 261 ff.

⁷ FT 1963/64 tillæg B ap. 262 - jfr. også Federspiel i Juristen 1971.252 og Palmgren s. 58f.

⁸ Se f.eks. ordvalget i dommene: U 1968.911 Shd - indtaget en sådan stilling, at der er behov for at beskytte virksomheden, U 1978.321 HD - viden på dette område kunne have betydelig værdi for .. nærmeste konkurrenter, U 1981.731 Vld - samme ordvalg, U 1987.543 Shd - et fuldstændigt kendskab til forretningsforholdene.

er ikke et spørgsmål om oplysninger, men om indtagelse af en position, hvor den ansatte kan skade arbejdsgiverens konkurrencemæssige position.⁹

De kriterier, der gør en stilling særlig betroet, dvs. at den ansatte indtager en stilling, hvor han har adgang til oplysninger eller på anden måde er i stand til at påvirke en konkret virksomheds markedsmæssige position, er ganske forskelligartede. Dette er en konsekvens af, at der er mange samvirkende faktorer, der tilsammen giver en virksomhed dens konkurrenceevne.

Det kunne være hensigtsmæssigt at dele en gennemgang af domme op efter stillingskategorier, da der ved de enkelte stillinger er typiske forhold, der gør sig gældende. På den anden side er sager om personer i forskellige stillinger kun et 'symptom' på, at virksomhedernes konkurrenceevne er truet, og det vil derfor være afgørende, hvad der er vitalt for hver enkelt virksomheds konkurrenceevne. Det er således en konkret vurdering af hvert enkelt ansættelsesforhold, der ligger til grund for afgørelsen af, om en stilling anses for at være særlig betroet. Selve stillingsbetegnelsen er ikke afgørende for denne vurdering, men den har alligevel den effekt, at den fungerer som en art formodningsregel, der danner udgangspunkt for bevisbedømmelsen, jfr. kap. 5.¹⁰

Betroelseskravet hører tæt sammen med vurderingen af, hvorvidt virksomhedens forhold er noget særligt for denne og dermed beskyttelsesværdige - jfr. mfl. §§ 9

⁹ Jfr. kap. 4. med bl.a. U 1972.449 Øld - Varmetæpper, U 1976.813 Shd - Canada, utrykt Shd af 14. juni 1973 i sag H 74/1972 - Salgschauffør, Utrykt Øld af 6. februar 1986 i 13. afd. a.s. nr. 172/1985 - Tapetvarer.

¹⁰ Kaj Petersen s. 355 vil som udgangspunkt tillægge den ansattes status større vægt. *Domme om betroelseskravet* - se Kaj Petersen s. 355ff. Se herudover U 1983.588 Shd - Guld - ikke betroet bl.a. fordi han ikke havde kendskab til kalkulationsprincipper, ingen fagkundskab, ingen særlige beføjelser (rabat, kredit) stor kundekreds. Se herudover U 1984.917 Shd - Bogholderens mand, U 1987.543 Shd - Pia Holten samt utrykt Shd i sagerne F 172/83 og F 24/84 af 6/3 - 1985 - Ejendomsmæglerassistent - hvor den forpligtede ansås for betroet og klausulen for at omfatte prøvetiden. Se også Utrykt Shd i sag H 74/1972 dom af 14/6 - 72 - Salgschauffør.

og 1 - eller de alene kan antages at afspejle almindelig branche- og fagkundskab. Hvis virksomhedens kunder, erhvervshemmeligheder, produkter m.v. ikke er beskyttet iht. mfl. §§ 9 og 1, er det vanskeligt at se, hvorledes en ansat kan indtage en 'særlig betroet stilling'; men dette kan dog være tilfældet alene p.g.a. overblikket herover; jfr. kap. 5. Omvendt vil en potentiel retsstridighed iht. mfl. §§ 9 og 1 klart føre til en øget mulighed for at vedtage en konkurrenceklausul.

Domstolene vurderer konkret, om den ansatte er i en position, hvor han kan skade virksomheden. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvis den ansatte reelt kan *tilegne sig en kundegruppe*, som han selv har oparbejdet og har den eneste kontakt til. Det nære kundeforhold er i sig selv en faktor, der kan gøre en stilling betroet; det er alt andet lige bedre, jo mere specialiseret produktsortimentet er og jo mindre kundeforholdet er, eller blot fordi det er indarbejdet gennem lang tid af en selvstændigt virkende sælger, jfr. kap. 4.3. Ligeledes kan de ansatte have et så indgående *kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder eller forretningsforhold* som f.eks. nye produkter, rabatordninger og kalkulationer; jfr. kap. 6.2 og 3.4, eller have et sådant *overblik over virksomheden* - jfr. kap. 5.3., at deres konkurrence vil gå ud over, hvad der er acceptabelt efter ophøret af et ansættelsesforhold.¹¹

12.4. Vurdering af betroelseskravet¹²

Domstolene fortolker kravet om 'særlig betroet stilling' således, at hvis den tidligere ansatte vil kunne påvirke virksomhedens konkurrenceevne på grund af sit særlige kendskab til denne, så er en konkurrenceklausul acceptabel. Dette er et resultat, der lige så vel kunne være nået gennem en fortolkning af afl. § 38 inden

¹¹ Hvis der er tale om et enkelt vitalt forhold - ex. U 1974.294 HD - Sauer - er dette tilstrækkeligt til at kvalificere stillingen som særlig betroet.

¹² Hvorvidt konkurrenceklausuler overhovedet er acceptable for sådanne ansatte, der typisk rejser spørgsmålet om betroelse: salgsmedarbejdere og medarbejdere med kendskab til kommercielle forhold - se herom kap. 17.

for rammerne af kriteriet 'konkurrerende virksomhed'.¹³ Indførelsen af betroelsesbegrebet har dog givet domstolene en sikrere hjemmel til at afskære anvendelsen af konkurrenceklausuler overfor visse grupper af underordnede funktionærer, der ikke indtager stillinger med et indhold, der kan påvirke virksomhedens markedsmæssige position.¹⁴ Betroelseskravet har selvstændig betydning ved at være en egentlig gyldighedsbetingelse, hvor bedømmelsen iht. § 38 er en afvejning af en virksomheds interesser overfor den ansattes interesser. Det er naturligvis også denne afvejning, der fører til at kvalificere en stilling som 'særlig betroet', men vurderingen i henhold til FUL § 18 er ultimativ.¹⁵

Betroelseskravet er således et kvalifikationskrav med hensyn til den ansattes kendskab til virksomheden. Det må antages at modsvare aflt. § 38, stk. 1 - 1. kriterie - jfr. kap. 2.3.3. Hvis virksomheden således har foretaget investeringer og oparbejdet en markedsposition, og den ansatte har kendskab hertil, så vil en stilling være 'særlig betroet' og en konkurrenceklausul dermed acceptabel, idet den ansatte vil kunne påføre virksomheden en konkurrence, som en udenforstående ikke vil være i stand til.

¹³ Jfr. Thomas Federspiel i J 1971.249 ff

¹⁴ Se vedr. norske forhold, norsk aftarcløvs § 38, stk 2, hvor man helt har undtaget visse underordnede stillingskategorier fra konkurrenceklausulområdet - med forbehold for omvurdering, hvis den ansatte ud fra en konkret vurdering kan påvirke virksomhedens konkurrenceevne; jfr. også Ansættelsesretten s. 346ff. Dette ændrer ikke problemstillingen, idet der stadig vil være behov for at vurdere stillingens reelle indhold.

¹⁵ Jfr. Kaj Petersen s. 355f. Betroelseskravet har haft betydning for rekvirentens vurdering af, hvorvidt et fogedforbud ville blive opretholdt ved afgørelsen i justificationssagen - jfr. kap. 3 - 6. Omlægningen af bevisrisikoen vil antagelig skærpe kravene til vurderingen af betroelseskravet allerede i fogedretten, og det vil dermed få betydning for muligheden for at nedlægge fogedforbud - jfr. kap.10

KAPITEL 13. VEDERLAGETS BETYDNING FOR OPRETHOLDELSE AF KONKURRENCEKLAUSULER¹

13.1. Indledning

Vederlagsmomentet indgår kun som et selvstændigt led ved bedømmelsen af konkurrenceklausuler, hvis disse rækker ud over ét år efter ansættelsesforholdets ophør, jfr. Funktionærlovens (FUL) § 18. Det er i denne bestemmelse anført som en egentlig gyldighedsbetingelse, at der gives et i en skriftlig kontrakt fastsat rimeligt vederlag for indskrænkningen i den forpligtedes adgang til erhverv. Modsætningsvis behøver der i henhold til § 18 ikke at være givet noget vederlag for det første år af konkurrenceklausulens løbetid, men her griber aftl. § 38 ind, idet det skal vurderes, hvorvidt konkurrenceklausulen på urimelig måde indskrænker den forpligtedes adgang til erhverv. Her kommer vederlagsspørgsmålet ind som ét kriterium blandt flere. Vurderingerne efter § 18 og § 38 er to sideløbende vurderinger, der begge - hver for sig og uafhængigt - kan føre til en tilsidesættelse af konkurrenceklausulen.²

13.2. Vederlaget vurderet ud fra aftl. § 38³

For det første år af klausulens løbetid skal det efter aftl. § 38 vurderes, hvorvidt klausulen på urimelig måde indskrænker den forpligtedes adgang til erhverv. En

¹ Jfr. RT 1916/17 tillæg A sp. 2810, Ansættelsesretten s. 339 ff og 344, Carlsen s. 377ff, Kaj Petersen s. 345ff. Der er i dette kapitel foretaget enkelte henvisninger til tysk ret - Handels-gesetzbuch §§ 74ff.

² Vederlag udbetalt som en løbende ydelse vil blive anset for skattepligtigt som almindelig indkomst - jfr. LV 1990 D. 1.10.3. Et éngangsvederlag for påtagelsen af en konkurrenceklausul vil være særlig indkomstskattepligtigt, hvis det er kompensation for en reel erhvervsindskrænkning - jfr. LV 1990 D. 1.10.3 og TFS 1988 nr. 412 og 413.

³ Ved *virksomhedsoverdragelse*, hvor konkurrenceklausuler påtages i forbindelse med salget, er vederlaget for overdragelsen en selvfølge og dettes størrelse afhængigt af konkurrenceklausulens indhold og udstrækning. TFS 1990 nr 192 - En til overdragelse af en kundekreds knyttet konkurrenceklausul fandtes at have en så nær tilknytning til goodwill begrebet og afgørende betydning for goodwill værdien, at der ikke var grundlag for at udskille en del af vederlaget som særskilt betaling for påtagelsen af konkurrenceklausulen. Problemstillingen ændrer sig afgørende ved *ansættelsesforhold*, hvor vederlaget ikke er nogen nødvendighed, og hvor konkurrenceklausulen påtages ved ansættelsesforholdets etablering.

virksomhed kan ikke få beskyttelse imod de ansattes konkurrerende virksomhed udover de områder, hvor den ansatte - på grund af sit kendskab til virksomheden - må antages særligt at kunne påvirke virksomhedens konkurrenceevne. De ansattes interesse i ansættelsesforholdet er af håndfast økonomisk karakter - jfr. kap. 2.3.3 og 2.3.4, idet lønnen for de fleste er det afgørende motiv for at gå ind i et ansættelsesforhold. I ansættelsesperioden skal den ansatte udføre en arbejdsindsats, og det er det klare udgangspunkt, at stillingen og lønnen i sig selv er vederlag for de forpligtelser, ansættelsesforholdet pålægger den ansatte; herunder også den loyalitetsforpligtelse og en evt. aftale om konkurrenceklausul, som måtte række udover selve ansættelsesforholdet.⁴

Det er en konkret vurdering, hvorvidt den forpligtede efter ansættelsesforholdets ophør har mulighed for at tage anden ansættelse. Det beror på den enkeltes forudsætninger med hensyn til alder, køn, uddannelse, erfaring m.m. Jo mere specialiseret den pågældende er i sit erhverv, jo snævrere vil hans mulighed for at få anden ansættelse være.⁵ Et vederlag vil her kunne få afgørende betydning for vurderingen af, hvorvidt en konkurrenceklausul er en urimelig indskrænkning i den forpligtedes adgang til erhverv.⁶

Afvejningen af parternes interesser i henhold til aftl. § 38 - jfr. kap. 2.3.3 og 2.3.4 - har bemærkelsesværdigt nok ikke fået en tilsvarende betydning i retspraksis. Hvis virksomheden kan dokumentere en beskyttelsesværdig interesse, betragtes ind-

⁴ Jfr. Palmgren s. 15, jfr. s. 62ff. Se også s. 172ff. Gomard 89 s. 53 med note 73 - biforpligtelser indgår i almindelighed ikke i parternes kalkulationer ved aftalens indgåelse, men dog evt. som et led i 'prisfastsættelsen.'

⁵ Det er *muligheden* for at kunne tage ansættelse, der har interesse i dette led, da vederlaget i dette lys vil få afgørende betydning. Herved baseres vurderingen på de egenskaber ved den ansatte, som virksomheden på forhånd har kendskab til. Vederlaget knytter sig logisk til *behovet* for at tage anden ansættelse, men ansatte må - jfr. kap. 2.3.4 - anses at have et generelt behov for indtjening fra erhverv.

⁶ Jfr. RT 1916/17 tillæg A sp. 2810. Se også Niklas Bruun i NIR 1988 s. 71 ff: Konkurrenc- og sekretessklausuler i anstillingsaftal.

skrænkninger overfor de ansatte på ét år og derunder ikke i henseende til vederlag som urimeligt at indskrænke deres adgang til erhverv.⁷ Vederlagsproblemet diskuteres i disse tilfælde så godt som ikke.⁸

Lovgivningen lægger dog heller ikke op til, at domstolene nødvendigvis skal tillægge vederlaget afgørende betydning.⁹ Det er kun i FUL § 18 - jfr. nedenfor - at vederlaget er direkte nævnt som betingelse. Det er dog klart, at muligheden herfor er til stede inden for rammerne af § 38, og det kan have indgået i afvejningen, uden at dette er kommet til udtryk i præmisserne.¹⁰

Hvis derimod vederlag er aftalt som kompensation for indskrænkningen i den forpligtedes adgang til erhverv, må det være klart, at en manglende betaling vil være en væsentlig misligholdelse, således at konkurrenceklausulen falder bort. Problemet er imidlertid ofte, at der foreligger en misligholdelse fra den ansattes side af selve ansættelsesaftalen eller af konkurrenceklausulen. Hvis der foreligger en *misligholdelse af ansættelsesforholdet* fra den ansattes side, kan dette kun begrunde standsning af lønudbetaling og evt. et erstatningskrav fra virksomheden - ikke et bortfald af vederlagsforpligtelsen, idet dette vil virke som en ekstra bod.¹¹ Retspraksis er måske ikke i overensstemmelse hermed, jfr. afgørelsen i

⁷ Det er bemærkelsesværdigt, at ½ til 1 års tab af indtægt ikke har givet anledning til større debat - uanset at ansættelsesforholdets afbrydelse beror på den ansattes egne forhold; jfr. afl. § 38, stk. 2. Se dog også bet. 1022/84 s. 30.

⁸

U 1973.319 HD	- Speditør	-	1 (2) år uden vederlag
U 1974.294 HD	- Sauer	-	1 år uden vederlag
U 1978.321 HD	- Chefkonsulent	-	1 år (vederlag 200 kr.månedligt)
U 1981.731 Vld	- Slidbanedæk	-	½ år uden vederlag
U 1988.214 Vld	- Trælast	-	1 år uden vederlag

⁹ Se i samme retning Palmgren s. 137ff

¹⁰ Hvis en klausul ikke omfattes af Aftl. § 38, idet den ikke begrænser den ansatte i at tage ansættelse af en vis art, må den ansatte som udgangspunkt anses for at have en rimelig adgang til at tage anden beskæftigelse, jfr. U 1983.157 HD og kap. 2.3.5.

¹¹ Jfr. Palmgren s. 177f.

U 1981.506 Shd - Damstahl - Direktør S - der ikke omfattedes af funktionærloven - forlod sin stilling med for kort varsel. Her var aftalt en konkurrenceklausul på 2 år, der af retten begrænsedes til at gælde i ét år fra hans faktiske fratræden. Der var som compensation for konkurrenceklausulen aftalt et vederlag på 50% af det forudgående faste vederlag, men dette blev ikke erlagt. Dette moment indgik som et led i rettens overvejelser ved begrænsningen af klausulen.

I den pågældende afgørelse var misligholdelsen ikke begrundet i, at den ansatte drev en med virksomheden konkurrerende virksomhed, og konkurrenceklausulen var ikke overtrådt. Hvis ansættelsesforholdet bringes til ophør med baggrund i den ansattes *udøvelse af konkurrerende virksomhed* - eller *konkurrenceklausulen misligholdes* - vil der ikke være nogen forpligtelse for virksomheden til at betale det i kontrakten fastsatte vederlag.¹²

U 1972.702 HD - Würth - Den ansatte var tilsagt en ydelse på 52% af det vederlag, som han havde oppebåret i året forud for klausulåret. Den ansatte blev bortvist med baggrund i hans etablering af delvist konkurrerende virksomhed. Konkurrenceklausulen fandtes tillige overtrådt ved den ansattes etablering af direkte konkurrerende virksomhed.¹³ Højesteret opretholdt klausulen i hele det aftalte år, uden at spørgsmålet om vederlag blev særskilt drøftet.

13.3. Vederlaget vurderet ud fra FUL § 18

Bestemmelsens afgørende betydning ligger i, at den opstiller det som en gyldighedsbetingelse, at konkurrenceklausuler, der rækker ud over ét år, skal kompenseres af et vederlag.¹⁴

¹² Hvis den forpligtedes handling er enkeltstående, og hvis virksomheden ønsker at fastholde forpligtelsen, og dette har nogen mening i relation til det sikrede forhold, må virksomheden også være parat til at udbetale det i kontrakten fastsatte vederlag. Dette må principielt skulle afklares i en evt. fagedforbudssag; jfr. også Palmgren s. 177f.

¹³ I konkurrenceklausulens pkt. 3 var det anført, at der i denne situation ikke skulle betales vederlag.

¹⁴ Et erhvervsforbud udover ét år kan være ganske føleligt. For de fleste vil det imidlertid være afgørende, om de i det første år efter ansættelsens ophør er afskåret fra at virke inden for deres hidtidige felt, jfr. også kap. 12 om betroelse og kap. 14 om den tidsmæssige udstrækning af konkurrenceklausuler.

U 1973.319 HD - Speditør - speditør P forlod sin stilling uden varsel, hvilket fandtes kontraktsstridigt. Der var i P's ansættelsesaftale en konkurrenceklausul, der påberåbtes for 2 år, og der var ikke aftalt vederlag. Højesteret tillagde det her afgørende vægt, at der ikke var ydet vederlag for klausulen, jfr. FUL § 18, men denne blev alligevel opretholdt i reelt to år. P havde et opsigelsesvarsel på ét år, og klausulen tillagdes derefter virkning i ét år fra dén dato, hvortil han lovligt kunne have bragt ansættelsen til ophør.

"Forpligtelsen er (jfr. FUL § 18) kun gældende ... i ét år fra fratrædelsesdagen..." Det er et spørgsmål, hvorvidt dette skal forstås som den i kontrakten aftalte fratrædelsesdag eller den faktiske fratrædelsesdag ved bortvisning eller bortgang. Bortvisning begrundes i, at den ansatte misligholder ansættelseskontrakten, hvor det ved bortgang er bortgangen i sig selv, der er kontraktsstridig. Der er ikke nogen logisk begrundelse for at behandle den ansattes misligholdelse i disse situationer forskelligt; hvis det iøvrigt er klart, at konkurrenceklausulen er gyldig i henhold til § 38, stk. 2. "Fratrædelsesdagen" må forstås ens ved bortvisning og bortgang; som det tidspunkt, hvortil ansættelsesforholdet i henhold til kontrakten kunne være sagt op. En i forhold hertil tidligere bortvisning eller bortgang vil ikke kunne forkorte det tidsrum, hvor den ansatte er forpligtet. Dette kan ses i U 1973.319 HD - Speditør - hvor forpligtelsen efter den ansattes kontraktsstridige bortgang reelt opretholdtes i 2 år, da den ansattes opsigelsesvarsel var på ét år. Den modsatte situation ses i en utrykt Shd, hvor den forpligtede med rette blev bortvist. Retten udtaler, at: "... sagsøgeren ikke har kunnet afkorte dette tidsrum ved sin retsstridige adfærd..."¹⁵

Om der er givet - et i en skriftlig kontrakt særskilt angivet - vederlag, giver ikke anledning til de store overvejelser. Det gør derimod betingelsen for gyldigheden; at dette vederlag skal være "rimeligt ... for indskrænkningen i hans adgang til erhverv". Det er her den samme afvejning af virksomhedens interesser i konkurrenceforbuddets udstrækning over for den ansattes interesse heri som ved aftl.

¹⁵ Utrykt Shd i sagerne F 517/81 og F 98/81 af 18/4 - 1983 - Pilvad Agentur; jfr. Carlsen s. 377f og Kaj Petersen s. 359f.

§ 38, stk. 1; dog med den afgørende forskel, at rimeligheden alene skal vurderes på grundlag af vederlaget.

Vurderingen af vederlagets rimelighed må blive et skøn, som domstolene skal foretage.¹⁶ Motiverne til lovgivningen er fåmælte og taler alene om '...en yderligere begrænsning i adgangen til at indskrænke funktionærens erhvervsfrihed...', '...Sådan kontant vederlag, at der virkelig for alvor for hans vedkommende er tale om, at han har gjort en rimelig forretning ved at fraskrive sig en sådan ret... (til at udøve virksomhed)' og '...der skal sættes skarpe grænser for, hvor stærkt man har lov til at binde en funktionær...'¹⁷ Domspraksis er tilsvarende mager, således at der ikke på baggrund af denne kan udtales noget sikkert om retsstillingen.¹⁸

Ud fra lovteksten kan det dog ses, at det afgørende ved vurderingen af vederlagets rimelighed er, i hvilket omfang den forpligtede er indskrænket i sin adgang til erhverv. Det må vurderes, hvilke aktuelle og potentielle muligheder den for-

¹⁶ I afgørelsen U 1973.319 HD - Speditør - begrænsedes rækkevidden af klausulen af retten. I U 1962.259 Shd - Værkfører og U 1988.214 Vld - Trælast påberåbtes klausulerne alene for ét år. Jfr. Carlsen s. 377f står domstolene frit i bedømmelsen af, hvad der er rimeligt vederlag.

¹⁷ Jfr. RT 1937/38 tillæg B sp. 2073ff, Landstingets forhandlinger sp. 1358 og Folketingets forhandlinger sp. 5206. Socialrådets funktionæruvalg fremsatte i 1928 forslag til lov om tjenestekontrakter for privatfunktionærer, hvor kommentarerne til § 8, stk. 3 om konkurrenceklausuler om vederlag anførte: "Flertallet har ment at kunne træffe en passende Grænse - (mellem interessen i konkurrenceklausulen og det bånd den lægger på den ansatte - min indføjeelse) - ved at indskrænke de af Konkurrenceklausulen følgende Forpligtelser til kun t gælde i et Aar fra Fratrædelsesdagen, medmindre der for den Indskrænkning af Funktionærens Erhvervsfrihed, som Konkurrenceklausulen medfører, er ydet ham et særligt Vederlag, hvis Størrelse maa anses for rimelig under Hensyn til Indskrænkningens Omfang i Tid og Sted". Den af udvalget foreslåede bestemmelse i § 8, stk. 3 svarer ordret til den i 1938 gennemførte bestemmelse.

¹⁸ U 1963.338 Shd - Formulartryk - fandtes det tvivlsomt, hvorvidt et vederlag på 20% i klausulens 2. år og på 15% i klausulens 3. år var rimeligt. Klausulen begrænsedes til ét år. U 1976.813 Shd - Canada - fandtes et vederlag på 25% af lønnen - udbetalt i ansættelsesperioden - rimeligt. Klausulen opretholdtes i 1 1/2 år. I utrykt Shd af 29/9 - 1982 i sag F 505/82 - Domino Stilladser - fandtes et vederlag på kr. 1.000,- månedligt i forhold til en slutløn på kr. 28.000,- månedligt utilstrækkeligt. Desuagtet blev konkurrenceklausulen opretholdt i 2 år, da vederlaget af alle parter ved aftalens indgåelse fandtes rimeligt for konkurrenceindskrænkningen.

pligtede har for at opnå ansættelse til anden side. Vurderingen må foretages ud fra konkurrenceklausulens konkrete formulering, der sammenholdes med hvilken branche der er tale om og hvilke forhold i virksomheden der tænkes sikret ved konkurrenceklausulen. Den forpligtedes individuelle forudsætninger - uddannelse, specialisering, tidligere ansættelsesforhold må indgå som en integreret del heraf. Endelig må vederlaget også vurderes i forhold til det hidtidige ansættelsesforhold, stillingens art, indhold og lønnens størrelse.¹⁹

Vederlaget kan efter gældende praksis betales såvel i forpligtelsesperioden, som mens ansættelsesforholdet løber. Dette er uhensigtsmæssigt, idet vederlaget herved let bliver betragtet som en del af lønnen og forbrugt i overensstemmelse hermed. Der er dog klar retspraksis for, at vederlag udbetalt under kontraktens løbetid er lige så gyldigt som vederlag betalt efter, men udbetalingstidspunktet må indgå som et element i vurderingen af, hvorvidt vederlaget er rimeligt for konkurrenceforbuddet.²⁰

På baggrund af rimelighedsvurderingens meget konkrete karakter og muligheden for at vælge forskelligt tidspunkt for betalingen af vederlaget - såvel løbende i ansættelsesperioden som i hele klausulens løbetid eller alene i den del af klausulperioden, der rækker ud over ét år - vil det ikke være muligt at angive, hvor stort et vederlag, der absolut eller relativt i forhold til lønnen må betragtes som 'rimeligt'.²¹ Dette er imidlertid for såvel virksomhederne som for de ansatte klart

¹⁹ Jfr. også Palmgren s. 137f og 172ff.

²⁰ Jfr. U 1976.813 Shd, U 1962.259 Shd og U 1955.223 HD og utrykt Shd af 29/9 - 1982 i sag 50582 - Domino Stilladser. Jfr. *Carlsen* s. 378 må det være afgørende, at der gives et reelt vederlag, og en opdeling af en 'normal løn' vil kunne tilsidesættes. *Kaj Petersen* s.360f vil opretholde aftalerne, uanset hvornår vederlaget er givet, og dette stemmer vel også med praksis.

²¹ Det må tages i betragtning, at det er den ansatte, der afbryder ansættelsesforholdet eller i hans forhold, afbrydelsen begrundes - jfr. afl. § 38, stk. 2. I en situation med ledende medarbejdere i enten administrativ eller teknisk henseende kan det være hensigtsmæssigt med 100% kompensation for at afskære en væsentlig motivation - og enhver antydning af beret-

en *uacceptabel retsstilling*, da vurderingen som nævnt er en gyldighedsbetingelse for konkurrenceklausuler, der rækker ud over ét år, og vederlaget vil være af væsentlig betydning for den forpligtede.

Det er i denne forbindelse et spørgsmål, om virksomhederne kan *opsige* en konkurrenceklausul med den virkning, at der ikke skal betales det i kontrakten fastsatte vederlag. Udgangspunktet må være, at den ansatte har påtaget sig konkurrenceklausulen som et nødvendigt onde, og at vederlaget for denne ikke er et motiv for at påtage sig forpligtelsen;²² men omvendt dog en væsentlig forudsætning herfor. Der må dog skelnes mellem konkurrenceklausulens karakter i ansættelsesperioden, hvor den er en fremtidig forpligtelse, og situationen efter fratrædelsen, hvor konkurrenceklausulen er en aktuel forpligtelse. Det må således være muligt for virksomhederne at opsige konkurrenceklausulen med samme varsel, hvormed den forpligtede kan opsiges - jfr. også aftl. § 38, stk. 2.²³ Et i kontrakten fastsat mindre varsel eller en mulighed for virksomheden i forbindelse med den ansattes fratrædelse at vælge, hvorvidt konkurrenceklausulen skal gælde, vil være klart *uacceptabelt*.²⁴ Den ansatte vil op til sin fratræden være tvunget til at handle i overensstemmelse med konkurrenceklausulen og forberede brancheskift, bopælsflytning mv. for at overholde forpligtelsen i henhold til konkurrenceklausulen. Herved vil han faktisk afskære sig fra enhver mulighed for at konkur-

tigelse - til at misbruge den beskyttede viden. Ofte vil det dog være en forventning om indtægter, der - på kortere eller længere sigt - ligger langt herudover, der motiverer den ansatte til at etablere konkurrerende virksomhed - jfr. også kap. 10 om forbud.

²² Jfr. Palmgren s. 175f.

²³ En ophævelse af ansættelsesforholdet, der er begrundet i den ansattes væsentlige misligholdelse af ansættelsesforholdet, men som ikke er begrundet i den ansattes etablering af konkurrerende virksomhed, vil - jfr. ovenfor - ikke frigøre fra vederlagsforpligtelsen.

²⁴ Konkurrenceklausulen må skulle tilsidesættes. Der kunne være stor sympati for den løsning, at det er op til den forpligtede, hvorvidt han vil være bundet af forpligtelsen med den virkning, at virksomheden skal udbetale det aftalte vederlag, evt. kombineret med den mulighed at den forpligtede forbeholder sig den mulighed, at han kun vil overholde forpligtelsen indtil videre; jfr. Handelsgesetzbuch §§ 74 og følgende.

rere, og det ville da være en skævvridning af parternes retsstilling at give virksomhederne mulighed for at frigøre sig fra vederlagsforpligtelsen. Situationen vil være endnu klarere, når ansættelsesforholdet er ophørt og forpligtelsen i henhold til konkurrenceklausulen er aktuel. Her vil vederlagsforpligtelsen klart være af betydning for den forpligtede, der altid - jfr. lige ovenfor - vil have indrettet sig efter konkurrenceforbuddet. En opsigelsesmulighed på dette tidspunkt må være udelukket.²⁵

13.4. Vurdering

Vederlagets betydning for opretholdelse af konkurrenceklausuler knytter sig tæt til vurderingen i aftl. § 38, stk. 1 - 2. kriterie, og det fortolkes i overensstemmelse hermed, således at hensynene til virksomhederne tillægges afgørende betydning; jfr. kap. 2.3.4. Det kan undre, at vederlagsspørgsmålet spiller en så lille rolle som ovenfor beskrevet, når det er af afgørende betydning for de ansatte.²⁶ Til betryggelse af de ansattes stilling kan det således kun anbefales, at der i lovgivningen indføres en bestemmelse, hvorefter der som gyldighedsbetingelse skal ydes et rimeligt vederlag - dog f.eks. minimum 50 % af det hidtidigt oppebårne vederlag - i hele klausulperioden, og at dette vederlag skal udbetales månedsvis bagud i klausulens løbetid.²⁷ Herved opnås det, at lønforhold og konkurrenceklausul bliver adskilt, således at den reelle forpligtelse kommer til at stå tydeligere frem.

²⁵ Noget andet er så, hvorvidt en faktisk oppebåret indtægt ved ikke-konkurrerende virksomhed skal fragå i det vederlag, som virksomheden er forpligtet til at udbetale. Dette må være et forhold, der skal afklares ved kontraktsaffattelsen. Se også Handelsgesetzbuch § 74b og § 74c.

²⁶ Lønmodtagernes repræsentanter har krævet, at hvis konkurrenceklausuler overhovedet skal accepteres, så skal der gives vederlag i hele klausulperioden, jfr. bet. 1022/1984 s. 30. 1969 överenskommelse - mellem visse arbejdsgivere og -tagere i Sverige gengivet i SOU 1983:52 som bilag 3 - foreslår, at der udbetales forskellen mellem den hidtidige indtjening og den faktisk opnåede indtægt, hvor der dog angives et maximum på 60% kompensation for konkurrenceklausulen.

²⁷ Jfr. også Handelsgesetzbuch § 74, stk. 2, og § 74 b.

Endvidere sikres de ansatte - delvist - mod meget ubehagelige overraskelser om deres økonomiske stilling efter ansættelsens ophør.²⁸

²⁸ Dette kunne være en måde at fremme de ansattes mobilitet - med respekt for virksomhedernes konkurrenceevne.

KAPITEL 14 DEN TIDSMÆSSIGE UDSTRÆKNING AF KONKURRENCEKLAUSULER¹

14.1. Indledning

Betroelseskravet - jfr. kap. 12 - vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en enkelt virksomheds forhold er beskyttelsesværdige, og den ansatte har kendskab hertil. Vederlagskravet - jfr. kap. 13 - vedrører i forlængelse heraf spørgsmålet om, hvorvidt indskrænkningen i den forpligtedes adgang til erhverv er rimelig; og om der er givet vederlag herfor - jfr. FUL § 18. Den tidsmæssige udstrækning vedrører begge spørgsmål: hvor langt en virksomheds beskyttelsesværdige forhold generelt har økonomisk værdi og dermed principielt kan begrunde en konkurrenceklausul; og på grundlag af denne begrænsning i tidsmæssig, stedlig og indholdsmæssig henseende skal det særskilt vurderes, hvilken yderligere tidsmæssig begrænsning der foranlediges af, at konkurrenceforbudet pålægges i ansættelsesforhold.

For at kunne vurdere hvorvidt en konkurrenceklausul i tidsmæssig henseende går for vidt i relation til at beskytte virksomhederne, må der tages udgangspunkt i den konkrete virksomhed og dennes produkter, erhvervshemmeligheder og forretningsforbindelser.² Heroverfor må det vurderes, hvilken stilling den ansatte har haft i virksomheden, hvori den ansattes kendskab konkret består og konkurrenceklausulens konkrete ordlyd. Ved fratrædelsen af f.eks. en sælger er det væsentligt for virksomheden, at forbindelsen mellem kunderne og sælgeren afbrydes, samt at virksomheden får mulighed for at introducere en ny sælger overfor kunderne.³

¹ Carlsen s. 373ff, Kaj Petersen s. 359f, Ståhlros s. 34 og 56f, Bruun i NIR 1988 - særligt s.77f, Palmgren s. 116ff og 122ff, Ansættelsesretten s. 340, Formskydd s. 66, Castrén i NIR 1988 - særligt s. 66, Munch i U 1981B.45ff.

² Virksomheden er målestokken for konkurrenceklausulens udstrækning; jfr. Palmgren s. 124ff jfr. s. 122.

³ Se som ex. utrykt Øld af 6/2-1986 i 13. afd a.s. nr. 172/85 - Tapetvarer - hvor retten udtaler: "...sælgerne øver ikke ubetydelig indflydelse på vareudbud og salgspriser ... (sælgeren) havde kendskab til kunderne og var kendt af disse, giver grundlag for, at sagsøgerne har haft en rimelig grund til at sikre sig mod, at (sælgerens) viden blev udnyttet af et konkurrerende firma."

Den tilsvarende vurdering kan anlægges ved overdragelse af virksomheder, hvor der må lægges afgørende vægt på, hvad overdragelsen omfatter.⁴

Der inddrages i afsnittet belysning af konkurrenceklausuler såvel i ansættelsesforhold som ved virksomhedsoverdragelser, idet vurderingerne til dels er sammenfaldende, og da ansættelsesforholdets karakteristika herved træder tydeligere frem. Udenfor ansættelsesforhold er der ikke nødvendigvis tale om hensyn til enkeltpersoner, og f.eks. ved virksomhedsoverdragelse, hvor det drejer sig om aftaler mellem erhvervsdrivende, er der som udgangspunkt jævnbyrdighed ved aftaleindgåelsen. Der erlægges sædvanligvis også et større beløb som vederlag for overdragelsen, og dette erlægges i forbindelse med, at konkurrenceindskrænkningen aftales, og denne bliver aktuel allerede fra aftalens indgåelse.

Det skal bemærkes, at den tidsmæssige udstrækning af konkurrenceklausuler ofte behandles i sammenhæng med og afløses af problemstillingen i kap. 13 - hvorvidt der er givet et iht. FUL § 18 rimeligt vederlag for konkurrenceindskrænkningen. Dette ændrer dog ikke på den principielle problemstilling - hvor langt konkurrenceklausulen skal udstrækkes af hensyn til en konkret virksomhed - som med fuld styrke finder anvendelse ved virksomhedsoverdragelser.

14.2. Hensyn bag en tidsbegrænsning

14.2.1. Personlige hensyn

Den ansatte har en afgørende økonomisk interesse i at have adgang til ansættelse inden for dét erhverv, hvor han hidtil har været beskæftiget. Den økonomiske interesse ligger som nævnt også bag indførelsen af vederlagsbetingelsen i FUL § 18, og den spiller generelt en afgørende rolle, jfr. kap. 2.3.4 og 13.

⁴ SOU 1987:I s. 257, jfr. s. 271f, og SOU 1987:17 s. 201ff

14.2.2. Økonomiske overvejelser⁵

Den teknologiske, merkantile og samfundsmæssige forskning og udvikling er på visse felter meget intens, og den fører til et stort behov for at *beskytte oparbejdet viden* for derved at tilgodese den indsats, der er ydet fra virksomhedernes side. I særlig grad vil der være fare for prisgivelse af et forspring i teknologisk og kommerciel henseende og dermed også i konkurrencen, hvis der ikke ydes en form for beskyttelse imod aftalepartneres anvendelse heraf; jfr. kap. 2.1 og 2.4.1. I udviklingens hastighed ligger også begrundelsen for generelt at *begrænse den tid*, hvor beskyttelse kan aftales, idet med en hurtig udvikling på det berørte felt vil enhver viden, der ikke videreudvikles, forældes i økonomisk og faglig henseende. Det afgørende her er at slå fast, at en konkurrenceklausul skal beskytte imod den ekstraordinære konkurrence, som kun aftaleparter med kendskab til en virksomheds interne forhold kan påføre denne. Der kan ikke kræves beskyttelse imod almindelig konkurrence, uanset hvor indgribende denne måtte være, og beskyttelsen kan kun gives for den viden, virksomheden har på tidspunktet for samarbejdets ophør.⁶

14.2.3. Samfundsmæssige - monopolretlige - overvejelser⁷

I dansk ret er der som udgangspunkt *aftalefrihed*, uanset at enhver aftale mellem virksomheder indbyrdes - eller imellem virksomhed og ansat - naturligvis vil have afledede virkninger for omverdenen. Overholdelsen af et konkurrenceforbud betyder alene, at sælgeren skal overholde den med grundlag i salgsaftalen indgåede forpligtelse til at overdrage virksomheden. Det samme kan antages m.h.t. ansatte, der modtager deres løn for at fremme virksomhedens interesser.⁸ Det vil

⁵ Formskydd s. 60ff, Ståhlross s. 33ff

⁶ Palmgren s. 115ff

⁷ SOU 1987:17 (Franchising) s. 201ff vedr. NO's principielle overvejelser om lempelse af konkurrenceklausuler, Koktvedgaard - lærebog s. 268ff, Formskydd s. 64ff.

⁸ Se herom Koktvedgaard s. 278ff og 287 ff og Palmgren s. 15, jfr. s. 62, og s. 172ff

være 'stødende', om de umiddelbart efter samarbejdets afbrydelse kunne fratage virksomheden dét, som de i deres ansættelse har fået løn for at opbygge; jfr. kap. 2.4.1 - 2.4.3.

I den typiske ansættelsesaftale ligger der ikke *monopolretlige aspekter* - alene af den grund, at de ansatte ikke enkeltvis repræsenterer nogen konkurrencefaktor i markedet. Heroverfor står forholdene ved virksomhedsoverdragelse. Ved kontraktlig binding af en udbyder på markedet ændres konkurrencestrukturen, og hvis denne udbyder har en mærkbar størrelse, vil den indgåede konkurrencebegrænsning kunne være omfattet af konkurrenceloven og EØF-T art. 85.⁹ Trods dette accepterer monopolretten konkurrenceklausuler i det omfang, de er nødvendige til at sikre, at erhververen får mulighed for at indtræde i og få det økonomiske udbytte af det erhvervede.¹⁰

Ved virksomhedsoverdragelse er det virksomhedens faktiske forspring i konkurrencemæssig henseende, der overdrages; jfr. umiddelbart nedenfor i kap. 14.3. For at erhververen ubeskåret kan indtræde i det erhvervede, må sælgeren afskæres fra at kunne konkurrere med erhververen på grundlag af sit kendskab til virksomheden. Monopolrettens principielle accept af konkurrenceklausuler skal således ses ud fra, at mange virksomhedsoverdragelser ellers ikke kunne gennemføres eller i hvert fald ville blive vanskeliggjort.¹¹ Dette falder i tråd med den beskyttelse, samfundet efter eneretslovene giver dem, der oparbejder ny viden, og

⁹ Se om markedsafgrænsning som grundlag for indgreb Konkurrenceret s. 63ff og Markedsret 2. udg. s. 51ff, jfr. også kap. 16

¹⁰ Hvis det er en personligt drevet virksomhed, hvor ejeren afskæres fra fremtidig konkurrence, vil dette kunne have monopolretlige konsekvenser - jfr. Kommissionens afgørelse i EF-T L 254/40 af 17/9-1976 - Reuter.

¹¹ Se EF-Kommissionens afgørelse i EF-T L 254/46 af 17/9-1976 - Reuter. Se også EF-Domstolens dom af 11/7-1985 i sag 42/84 - Nutricia - præmis 19 og 20. Jfr. også Markedsret 2. udg. s. 76ff og Kobbernagel I s. 168ff.

beskyttelsen af den almindelige konkurrencemæssige position i markedsføringsloven imod illoyal konkurrence.

Udgangspunktet for en tidsmæssig begrænsning af konkurrenceklausuler er således, hvorvidt klausulen beskytter imod samarbejdspartnerens særlige indsigt i virksomhedens forhold. Hensyn til de ansatte - og evt. monopolretlige synspunkter - kan skærpe bedømmelsen herudover, således at klausulen indskrænkes til det absolut nødvendige.

14.3. Forskellige beskyttelsesværdige forhold

14.3.1. Enkeltstående aktiver¹²

Ved en overdragelse af enkeltstående aktiver har sælger som udgangspunkt ingen konkurrencemæssige forpligtelser efter leveringen. En konkurrenceklausul vil således ikke være nødvendig. Situationen er naturligvis anderledes, hvis der foruden overdragelse af aktiver eksisterer et samarbejdsforhold såsom en forhandling af virksomhedens produkter o.l.

14.3.2. Kunderelationer¹³

Dette er en fællesbetegnelse for bl.a. kundeforhold, kundekendskab, faste forretningsforbindelser og renommé. Ved en virksomhedsoverdragelse betales der for den omsætning, som erhververen kan påregne at opnå efter erhvervelsen. Hvis sælgeren uhindret kunne konkurrere efter overdragelsen, vil dette i mange tilfælde vanskeliggøre overdragelse af virksomheder, idet en erhverver ikke kunne påregne at overtage virksomhedens konkurrenceposition og dermed dens omsætning. Virksomheden er naturligvis til enhver tid udsat for konkurrence, men "...sælgeren ... har en særlig viden om den solgte virksomheds produktions- og afsætningsfor-

¹² Ussing Køb 4. udgave s. 159f, jfr. U 1968.117 Shd - Melitta.

¹³ Gesner s. 35ff, Kobbernagel I s. 140ff, særligt s. 146ff. Se også s. 217ff.

hold, som gør ham til en særlig farlig konkurrent i sammenligning med andre."¹⁴ Dette argument kan føres direkte over til ansættelsesforhold, hvor den ansatte - alt afhængig af den stilling han har indtaget - har et kendskab til virksomheden som, hvis det misbruges, alvorligt kan skade denne. Dette gælder såvel et kendskab til kunderne som til produktionen; jfr. kap. 2.4.1 og 2.4.3. Det skal for en virksomhed være muligt uforstyrret at introducere en anden sælger eller et alternativt produkt i kundekredsen.^{15 16}

14.3.3. Erhvervshemmeligheder¹⁷

Erhvervshemmeligheder er her en bred fællesnævner for talrige kommercielle og tekniske forhold. Det kan være teknisk viden på patenterbar højde eller blot viden om, hvorledes en proces bedst afvikles. Det kan også være et datasystem til behandling af afsætningsmuligheder eller blot kalkulationsprincipper for et bestemt produkt eller marked.

Ved en virksomhedsoverdragelse kan der f.eks. medoverdrages viden om processer til udarbejdning af produkterne, recepter og formler, materialekendskab m.v. samt kendskab til afsætningskanalerne, afsætningsstrategi og -vilkår mv. Denne viden

¹⁴ Jfr. EF-T L 254/46 af 17/9 - 76 - Reuter.

¹⁵ Jfr. utrykt Øld af 6/2 - 1986 13.afd. a.s. nr. 172/85 - Tapeter, jfr. U 1983.157 HD - Boll og Kirsch, U 1988.570 Shd - Møbler i Nordamerika og U 1991.10 HD.

¹⁶ Forskellige kriterier kan være vejledende for at fastsætte den periode, der er nødvendig for at sikre virksomheden.

- den ansattes eller overdragerens betydning for virksomhedens goodwill
- hvor lang tid oparbejdelsen af kundekredsen har taget og hvor stabil denne er i forhold til nyudviklede produkter
- mulighederne for at introducere et substituerbart produkt i kundekredsen og for at overtage de hidtil anvendte varemærker

Se også EF-T L 376/22 af 31/12-83, Kommissionens beslutning i Nutricia-sagen, punkt 28.

¹⁷ Munch i U 1981B.45ff, Kokvedgaard s. 314f jfr. s. 290ff og s. 296ff, Castrén i NIR 1967.280ff - en samfundsmæssig interesse i at beskyttelsen begrænses af hensyn til den frie konkurrence, muligheden for at etablere sig og interessen i en teknisk udvikling, *Licensaftalen* s. 50 ff vedr. definition af know how, *Hemmelighet* s. 7f, Se SOU 1983:52 s. 294f vedr. afgrænsningen af begrebet know how overfor begrebet erhvervshemmelighed.

overdrages mod vederlag til erhververen, der således i konkurrencemæssig henseende reelt overtager et forspring eller et bestemt vidensniveau. Dette forspring kan principielt indhentes af enhver virksomhed, der - ved investering af kapital og arbejdskraft - ønsker at udvikle egen know how på aftaleområdet. Sælgeren besidder allerede denne know how - uanset han har delagtiggjort erhververen i denne - og det er da nødvendigt, for at erhververen uhindret kan sætte sig i besiddelse af denne viden og den dertil hørende markeds- og konkurrenceposition, at sælgeren hindres i selv at udnytte denne.¹⁸ I ansættelsesforhold opnår den ansatte også et indgående kendskab til den her nævnte viden, og der påhviler ham en pligt til ikke at røbe eller anvende sit kendskab hertil; jfr mfl. § 9.

Det er afgørende, at en virksomhed er beskyttet i så lang tid, at erhververen får mulighed for at få værdien af det købte. Han skal have tid til at opnå indsigt i den købte viden, og han skal sikres mulighed for at få det økonomiske udbytte heraf - set i forhold til overdrageren. Tilsvarende synspunkter kan anføres ved fratræden af en forskningsmedarbejder. Denne må afskæres fra at konkurrere i det tidsrum, som er nødvendigt for at hindre anvendelsen af hans særlige indsigt i virksomhedens forhold. Den maximale grænse for den tidsmæssige udstrækning må være den aktuelle tekniks økonomiske forældelsestid, dvs. det tidsrum som en konkurrent skal bruge for at arbejde sig op på et tilsvarende teknisk stade, justeret med den økonomiske indsats, der er nødvendig for at oparbejde et tilsvarende forhold, og med særligt hensyntagen til at det vedrører ansættelsesforhold - jfr. kap. 14.4.1.¹⁹

¹⁸ EF-Kommissionens afgørelse i Reuter sagen - referet i EF-T L 254/47 af 17/9 - 1976.

¹⁹ Den økonomiske forældelsestid må ses relativt, idet udenforstående potentielle konkurrenter ikke alle straks begynder at konkurrere med den overdragne virksomhed. I forhold til disse udenforstående kan den beskyttede know how meget vel have økonomisk værdi efter udløbet af beskyttelsestiden, men den behøver ikke have det - jfr. kap. 2.2.3.1.

14.4. Konkret om tidsbegrænsningen²⁰

Problemet er at fastlægge det tidsrum, hvor det af hensyn til en konkret virksomhed er nødvendigt at afskære hhv. de ansatte og en sælger af en virksomhed fra adgang til at konkurrere, således at de ikke på grund af deres særlige kendskab til virksomheden kan overtage dennes markedsposition. Konkurrenceindskrænkningens nødvendighed må vurderes ud fra forholdene i virksomheden hhv. på overdragelsestidspunktet og på tidspunktet for den ansattes faktiske fratræden. Efter dette tidspunkt tilgår der ikke den forpligtede nogen 'ny' viden fra virksomheden.²¹

14.4.1. Ansættelsesforhold²²

Hvor den ansatte har kendskab til virksomheden i et sådant omfang, at en anvendelse heraf kan påvirke virksomhedens konkurrenceposition, vil det være relevant at overveje at pålægge den ansatte en konkurrenceklausul - jfr. kap. 12 om betroelse. Den tidsmæssige udstrækning vil afhænge af den konkrete situation; konkurrenceklausulens konkrete indhold, de involverede parter, hvilke forhold i virksomheden klausulen skal sikre, vederlag m.v. Der tages i det følgende udgangspunkt i beskyttelsen af virksomhederne i henhold til loyalitetspligten og markedsføringsloven.

²⁰ Castrén i NIR 1988.62ff - vedr. tekniske forbilleder - beskyttelsen varer så længe forholdet har økonomisk betydning, Hemmelighed s. 33f, Palmgren s. 122ff. Om forældelse af krav på konkurrenceklausuler og konventionalbøder - Ussing Alm. del. s. 387, 399 og 407, Levin 1929 s. 68ff.

²¹ I kap. 13 regnedes fristen i FUL § 18 fra det lovlige fratrædelsestidspunkt. Det må antages, at vurderingen i FUL § 18 skal justeres ud fra de her nævnte begrænsninger, således at der ved vurderingen af konkurrenceklausulens principielle rimelighed tages hensyn til den samlede beskyttelsestid. Diskussionen i FUL § 18 om, hvilket tidspunkt ét års fristen skal løbe fra, må således have som forudsætning, at virksomhedens beskyttelsesbehov rækker udover ét år fra den faktiske fratræden. Dvs. at en evt. opsigelsesperiode, hvor den ansatte er bedt om ikke at møde op, principielt bør indgå i vurderingen af den acceptable tidsmæssige udstrækning i en konkret sag.

²² Se om konkurrenceklausuler i handelsagenttaler bet. 1151/1988 s. 136ff Rechnagel s. 164f og Iversen: Handelsagenten s. 160ff

Et *personligt kundekendskab* kan - jfr. kap. 4 - begrunde en pligt til ikke at påvirke de af virksomhedens forretningsforbindelser, som den ansatte har haft kontakt med i sin ansættelse. Den tidsmæssige udstrækning af en loyalitetspligt er vanskelig at fastlægge, idet der som oftest ikke nedlægges forbud, men alene påstås erstatning på grundlag af en krænkelse, der foretages umiddelbart efter ansættelsesforholdets ophør. I 2 utrykte Sø- og Handelsrets domme²³ udstraktes beskyttelsen til 1 1/2 - 2 år efter fratrædelsen, men dette må ses i lyset af de konkrete omstændigheder i de pågældende sager. Hvis problemstillingen rejses i forbindelse med et fagedforbud, må ét år normalt anses for at være grænsen for den ansattes muligheder for at påvirke virksomhedens forretningsforbindelser - jfr. U 1983.105 HD - Slipmiddel.²⁴

Forskellige momenter kan have indflydelse på mulighederne for at påvirke virksomhedens forretningsforbindelser. Det er afgørende for en virksomhed at få afbrudt forbindelsen mellem kunden og den ansatte for at få ro og tid til at indarbejde en ny ansat - eller et nyt produkt - i kunderelationen. Den tidsmæssige udstrækning vil bl.a. afhænge af, hvor ofte henholdsvis virksomheden og den ansatte har kontakt med kunden, herunder antallet af messer og udstillinger pr. år, graden af selvstændighed, hvormed den ansatte har arbejdet, varigheden af forretningsforholdet og den ansattes stilling i virksomheden.

²³ Utrykt Shd i sag F 7/84 - dom af 25/3 - 1985 - Cinas, den forpligtede - en direktør - blev bortvist 10/3-1983, fagedforbud mod henvendelse til 6 nærmere angivne agenturgivere blev nedlagt 13/1 - 1984, og forpligtelsen bortfaldt med dommens afsigelse. Afgørelsen er vedrørende spørgsmålet om bortvisning kort refereret i U 1987.830 HD. Utrykt Shd af 16/6-1986 i sag H 524/85 - lastbilteknik - hvor forpligtelsen ansås klart at være udløbet ved domsafsigelsen, der fandt sted 1 1/2 år efter fratrædelsen.

²⁴ Carlsen s. 373, Palmgren s. 123. Se utrykt Shd af 6/3-1985 i sagerne F 172/83 og F 24/84 - Ejendomsmægler, hvor prøvetiden dannede grundlag for konkurrenceklausulen.

En konkurrenceklausul udstrækkes sædvanligvis alene til ét år,²⁵ men der må være mulighed for at aftale sig til en videregående beskyttelse. En beskyttelse af virksomhedens forretningsforbindelser i 2 år er således accepteret af domstolene, hvis forpligtelsen giver den forpligtede mulighed for at udøve sit erhverv og dermed ikke pålægger et reelt erhvervsforbud.²⁶ Ligeledes accepteres konkurrenceklausuler ud over ét år, hvis der gives den ansatte et rimeligt vederlag herfor,²⁷ men der må lægges afgørende vægt på, hvorvidt denne udvidede beskyttelse er nødvendig af hensyn til virksomheden. Det må således antages, at et egentligt erhvervsforbud med grundlag i kendskab til virksomhedens forretningsforbindelser vil blive gransket nøje m.h.t. relevans, hvis det pålægges ud over ét år fra fratrædelsen.

Kendskab til fremstilling af virksomhedens *produkter* kan begrunde en pligt for samarbejdspartnere til i videre omfang at undgå forveksling med virksomhedens produkter; jfr. kap. 3. Denne skærpede vurdering af den tidligere samarbejdspartner er tidsbegrænset, og den vil efterhånden glide over til en almindelig konkurrenceretlig vurdering.²⁸ Det vil være vanskeligt at fastlægge en tidsgrænse for vurderingen, idet denne er særdeles konkret, således at det tidligere samarbejdsforhold alene vil være ét forhold i en række af samvirkende faktorer.

²⁵ Se kap. 4 med U 1964.533 Shd - Gram, U 1972.449 Øld - Varmetæpper, U 1972.702 HD - Würth, utrykt Øld af 6/2 - 1986 13. afd. a.s. nr 172/85 - Tapetvarer. I U 1937.540 Shd - Mel - nedsattes klausulen fra 2 år til 9 mdr.

²⁶ Jfr. kap 4.4 vedr. revisorer samt U 1983.157 HD - Boll og Kirsch.

²⁷ jfr. U 1976.813 Shd - Canada og utrykt Shd af 29/9 - 1982 i sag F 505/82 - Dominostilladser. Se herom Palmgren s. 122ff.

²⁸ Jfr. Koktvedgaard s. 347 - "så snart kontraktsforholdet er ophørt, er der en jævn og glidende overgang til den almene ... vurdering." For visse produkter vil det økonomiske udbytte være størst, umiddelbart efter at produktet er markedsført, hvor der for andre produkter vil være en vis markedsføringsperiode, før end salget kommer 'i gang'.

En konkurrenceklausul med baggrund i kendskab til virksomhedens produkter vil sædvanligvis være kombineret med et kendskab til virksomhedens *kommercielle forhold* og evt. også virksomhedens erhvervshemmeligheder; jfr. kap. 3.4. Dette kendskab kan klart - jfr. kap. 12 - begrunde vedtagelsen af en konkurrenceklausul. Der aftales sædvanligvis en konkurrenceklausul med rækkevidde på ét år fra fratrædelsen, og det må antages, at virksomhedens interesser herved tilgodeses i langt de fleste tilfælde. Det er således væsentligt at afskære den ansatte fra muligheden for at fremstille nærgående efterligninger på basis af sit kendskab til produktionen, samt at afskære den forpligtedes anvendelse af sit kendskab til virksomhedens afsætning. Et konkurrenceforbud udover ét år må således have grundlag i et sådant ekstraordinært kendskab til virksomheden, som f.eks. en administrerende direktør vil have.²⁹

Det vil kun vanskeligt her - som kompensation for en tidsmæssig udvidelse af beskyttelsen - kunne praktiseres at indskrænke konkurrenceklausulen, således at den ikke antager karakter af et erhvervsforbud. Henvendelsen til virksomhedens kunder og agenturgivere er naturligvis også her central, men det er i særdeleshed den forpligtedes brede kendskab til fremstillingen af produkterne og de kommercielle forhold, der er grundlaget for konkurrenceklausulen, og virksomheden må alene antages at kunne sikre sig imod anvendelse af dette brede kendskab ved at pålægge den ansatte et egentligt erhvervsforbud.

Erhvervshemmeligheder kan være resultatet af mange års investering i forskning og udvikling. Der må her tages udgangspunkt i, at mfl. § 9 fastlægger en tidsmæssig overgrænse for strafbarheden på 3 år fra fratrædelsen. Herudfra kan der ikke direkte udledes noget om den civilretlige beskyttelse, og denne antages principielt

²⁹ Se utrykt Shd i sag F 505/82 afsagt 29/9 - 1982 - Domino Stilladser og til dels U 1988.214 Vld, hvor klausulen kun påberåbtes for ét år. Se også U 1981.506 Shd - Damstahl, hvor klausulen begrænsedes af retten til ét år. Se om disse domme kap. 5; jfr. også Palmgren s. 123f.

at være tidsubegrænset.³⁰ Det må dog antages, at en *3 års grænse i ansættelsesforhold* vil være det praktiske maximum for den tidsmæssige beskyttelse i henhold til mfl. § 9 i forhold til de ansatte, selvom der som udgangspunkt er klar forskel på forpligtelsen i henhold til en konkurrenceklausul og i mfl. § 9 - erhvervsforbud overfor tavshedspligt. Det er således klart - jfr. kap. 6.1.1 - at den ansattes grundlæggende kvalifikationer og alment kendte forhold ikke vil være en erhvervshemmelighed for virksomheden, ligesom viden erhvervet forud for ansættelsesforholdet principielt stadig kan anvendes. En tidsubegrænset forpligtelse vil ud fra denne vinkel om forpligtelsens begrænsede betydning og klare afgrænsning være uden alvorlige betænkeligheder.

En sådan opsplitning af virksomhedernes erhvervshemmeligheder og de ansattes kvalifikationer vil imidlertid ofte være vanskelig at foretage, og forpligtelsen for en specialiseret og højt uddannet medarbejder vil kunne være særdeles belastende for denne og kunne antage karakter af et erhvervsforbud; jfr. kap. 6.1.2. I en periode på 3 år har virksomheden ofte tillige videreudviklet sin viden, så den ansatte ikke vil kunne påføre virksomheden anden konkurrence, end en tilsvarende - højt uddannet - specialist vil kunne.³¹ Herudover vil det efter 3 år ofte være meget vanskeligt at bevise, at forpligtelsen i henhold til mfl § 9 er krænket, idet der principielt er fri adgang til at etablere konkurrerende virksomhed. Dette fører tilsammen frem til, at virksomhederne efter 3 år kun rent undtagelsesvist vil kunne

³⁰ Jfr. Koktvedgaard s. 296ff, Konkurrenceret s. 260ff. Se Hemmelighed s. 31f vedr. den tidsmæssige begrænsning som en afvejning af de modstående interesser.

³¹ Jfr. Munch i U 1981B.45ff og U 1975.1049 HD - Dancom, U 1980.717 HD - Krøyer og U 1983.157 HD - Slipmiddel. Utrykt Shd af 22/6-1987 i sag H 620/83 - Bagerienzym - hvor en udviklingsingeniør - der i 11 år havde beskæftiget sig med et bestemt emne - forlod virksomheden for at etablere egen virksomhed og i denne på knap ét år fremstillede et produkt med samme egenskaber som virksomhedens. Dette ansås for en krænkelse af hans forpligtelse iht. mfl. § 9.

dokumentere, at erhvervshemmelighederne er intakt, og at den ansatte anvender disse.³²

Tilsvarende må det i relation til en *konkurrenceklausul* antages, at 3 år må være det absolutte maximum for den tidsmæssige udstrækning. Virksomhederne har i denne periode haft *mulighed* for at videreudvikle deres viden, sikre deres kunderelationer mv, således at de ansatte ikke kan påføre virksomhederne nogen ekstraordinær konkurrence på grundlag af deres særlige indsigt i disse. Tillige har forpligtelsen for de ansatte karakter af et særdeles belastende erhvervsforbud, hvor de ofte ikke har mulighed for at anvende deres kvalifikationer og uddannelse - jfr. kap 2.3.4.

Det er imidlertid et spørgsmål, hvorvidt konkurrenceklausulen har gjort endeligt op med forpligtelsen i henhold til mfl. § 9 - jfr. også kap. 2.4.4 - eller denne består også efter, at konkurrenceklausulen er udløbet. Ud fra en fortolkning af konkurrenceklausulen vil det ofte være klart, at parterne anser den ansatte for berettiget til at anvende de beskyttede forhold efter konkurrenceklausulens udløb.³³ Da det beskyttelsesværdige forhold tillige ofte vil være økonomisk forældet, idet teknologien er videreudviklet, eller den oprindelige erhvervshemmelighed ved markedsføring, analyse eller på anden måde er blevet almen viden, vil der ofte tillige ikke bestå noget grundlag for beskyttelsen i henhold til mfl. § 9.³⁴ Endelig vil en krænkelse være vanskelig at bevise, idet der også her vil være fri adgang til at etablere konkurrerende virksomhed, så den praktiske regel vil blive, at efter

³² Ud fra en mere principiel betragtning kunne det overvejes, om ikke netop de ansatte - i modsætning til udenforstående - efter 3 år altid skulle være berettigede til at anvende virksomhedens erhvervshemmeligheder. Denne konstruktion vil ofte svare til den praktiske realitet, omend den vil være vanskelig af administrere - f.eks. ved ansættelse hos en konkurrerende virksomhed.

³³ Se herom utrykt Shd af 12/5-89 i sag F 18/1988 - Efter konkurrenceklausulens udløb - ét år - 'overtog' den forpligtede agenturet.

³⁴ Ståhlros s. 34, SOU 1983:52 s. 374ff (jfr. dog om intern viden mfl. § 9 stk. 3 - jfr. kap. 2.2.3.2.)

konkurrenceklausulens udløb påhviler der ikke den ansatte nogen forpligtelse i henhold til mfl. § 9 baseret på det kendskab til virksomheden, som han havde ved sin fratræden. Hvis der undtagelsesvis skulle bestå nogen forpligtelse i henhold til mfl. § 9 ved konkurrenceklausulens udløb, må et erhvervsforbud med grundlag i mfl. § 9 være udelukket, idet et sådant indgreb - efter 3 år - vil stå i et afgørende misforhold til virksomhedens interesse i forpligtelsens overholdelse - jfr. også kap. 6.1.2.

Konkurrenceklausuler med grundlag i virksomhedens erhvervshemmeligheder udstrækkes ofte ud over ét år, og dette må - som netop nævnt - antages generelt at kunne have dækkende grundlag i den forpligtedes kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder.³⁵ Det er imidlertid specielt den tekniske forskning og udvikling, der løber over en længere årrække, der kan begrunde et erhvervsforbud ud over ét år.³⁶ Ved mindre forskningstunge virksomheder vil beskyttelsesperioden også være kortere, idet en anden konkurrent - end den tidligere ansatte - her vil kunne arbejde sig op på niveau med virksomheden uden længerevarende tids- og ressourcemæssig indsats.³⁷ Der må således være en tæt sammenhæng mellem muligheden for at afsløre hemmeligheden ved analyse eller ved beskedne investeringer at nå til et tilsvarende resultat og den tidsmæssige udstrækning af beskyttelsen iht. mfl. § 9; jfr. kap. 6.1.2.4. Disse synsvinkler vil således i en konkret sag gøre det nødvendigt for virksomheden at dokumentere, at virksomhedens erhvervshemmeligheder alene kan sikres ved, at den forpligtede afskæres fra erhverv i en periode på 2 eller 3 år - jfr. også kap. 13 om vederlag.

³⁵ Se U 1934.145 Vld - Stålvinduer. Se også U 1933.971 Øld - Værkfører, U 1942.644 Shd - Farvemøllen og U 1955.223 HD - Tilskærer, der af andre grunde frifandt den forpligtede.

³⁶ Jfr. U 1975.1049 HD - Dancom, U 1980.717 HD - Krøyer og Utrykt Shd af 22/6 - 1987 i sag H 620/1983 - Bagerienzym - i ingen af dommene var der konkret aftalt nogen konkurrenceklausul.

³⁷ Jfr. f.eks. U 1986.268 Shd - Ceolein og U 1983.105 HD - Slipmiddel.

Det er da også spørgsmålet, om ikke 2 år burde være det legale maximum for konkurrenceklausuler i ansættelsesforhold, idet dette tidsrum skulle være tilstrækkeligt til, at virksomhederne kan sikre deres viden ved videreudvikling. Der er dét afgørende hensyn at tage til de ansatte, at de erhvervsmæssigt risikerer at blive sat afgørende tilbage, hvis de i en flerårig periode ikke kan arbejde med deres specielle felt.³⁸

14.4.2. Virksomhedsoverdragelser³⁹

Der er som udgangspunkt jævnbyrdighed i aftaleforhandlingerne og dermed intet særligt grundlag for at afskære parterne fra at aftale den konkurrenceklausul, som de finder kommercielt nødvendig. Ligeledes erlægges der sædvanligvis vederlag for overdragelsen, og størrelsen heraf er afhængig af formuleringen af konkurrenceforbuddet. Endelig bliver aftalen om konkurrenceforbud aktuel allerede fra indgåelsen af aftalen, og parterne drøfter således en aktuel situation.

Retspraksis ved virksomhedsoverdragelser er karakteristisk derved, at der gælder en meget bred margen for, hvad der anses for kommercielt nødvendigt for at beskytte køber. Dette kan naturligvis forklares med, at sælger sædvanligvis ikke lægger vægt på en klausul om afskæring af konkurrence, når han jo netop afhænder sin forretning. Dette kan imidlertid ikke være den fulde forklaring, idet ikke alle sælgere helt ophører med at drive erhvervsvirksomhed, og de kan heller ikke altid være uinteresserede i at arbejde med de af overdragelsen omfattede forhold.

En konkurrenceklausul på 10 år er ikke usædvanlig og denne tidsramme må retspraksis anse for at have accepteret. Dette kom særlig tydeligt frem i

³⁸ Jfr. Bruun i NIR 1988 s. 71ff. Se også 1969 års överenskommelse - gengivet i SOU 1983:52 som bilag 3 - se herom SOU 1983:52 s. 103ff og Ståhlros s. 353ff. Jfr. kap. 13 skal der betales vederlag, hvis konkurrenceforbuddet rækker ud over ét år.

³⁹ Ussing Køb 4. udgave s. 159, Kobbernagel I s. 168ff, Palmgren s. 16 - 17.

U 1963.495 HD - Reprotryk - hvor Sø- og Handelsretten alene havde tilladt konkurrenceklausulen at blive udstrakt til ét år efter ophøret af lønudbetaling til den tidligere virksomhedsejer. I denne sag fandt Højesteret, at der konkret ikke var grundlag for at ændre på det aftalte tidsrum på 10 år. Dette blev fulgt op i dommen U 1972.345 HD - Foderstofforretning - hvor en konkurrenceklausul på 10 år blev opretholdt over for den forpligtedes ansættelse i konkurrerende virksomhed. I dommen U 1972.369 HD - Grafik - blev en tidsubegrænset konkurrenceklausul, hvor de tidligere samarbejdsparter havde delt markedet imellem sig, anset for stadig at være gældende efter 12 år. Der var i Højesteret dissens m.h.t. gyldighedstiden.⁴⁰

Denne udstrækning af konkurrenceklausulerne må anses for at være *langt ud over det 'kommercielt' nødvendige*; jfr. de her i kap. 14 og i kap. 14.4.1 fremførte hensyn. Hensynet til erhververen af virksomheden kan ikke antages at gå længere end til det tidspunkt, hvor han er sikret adgang til at få det økonomiske udbytte af virksomheden, og hvor han med sikkerhed véd, at sælgeren ikke er i stand til - på grund af sit kendskab til virksomheden, kunderne, produkterne og erhvervshemmelighederne fra før salget - at fravriste erhververen dét, han har betalt for.

Der er imidlertid ikke civilretligt noget, der hindrer en køber i at betale en konkurrent for ikke at etablere sig. En aftale herom må være gyldig, og den kan kun tilsidesættes som urimelig efter aftl. §§ 38 og 36, hvis vederlaget ikke svarer til værdien af det afhændede eller aftalen af andre grunde er urimelig. Aftalen vil f.eks. kunne tilsidesættes efter aftl. § 38, hvis den ikke beskytter virksomheden imod en konkurrence, der er en følge af overdragelsen o.l., men der er - jfr. retspraksis - et stort spillerum for parternes aftalemuligheder og for fortolkningen

⁴⁰ Se dog lov om benzinforhandlerkontrakter § 2, stk. 3.

heraf.⁴¹ Tilsidesættelse vil antagelig være aktuel, hvor aftalen rækker mere end 10 år frem, og der ikke i denne periode er et samarbejde mellem parterne om at videreudvikle virksomheden.

Ved virksomhedsoverdragelser - og ved samarbejdsaftaler mellem virksomheder - kan en aftale imidlertid have afledede konsekvenser for andre virksomheder og for samfundet; uden at aftaleparterne finder noget behov for at beskytte den enkelte virksomhed. De afledede konsekvenser ses i særlig grad i *monopolretlige* sammenhænge, hvor aftalerne vedrører store dele af et givet marked. Konkurrenceklausuler ved virksomhedsoverdragelse kan være omfattet af konkurrenceloven, hvis de har dominerende indflydelse på et marked og skadelige virkninger for konkurrencen.⁴² De kan også være omfattet af EØF-T art. 85, hvis de er over bagatelgrænsen og kan påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne.

Konkurrenceklausuler om virksomhedsoverdragelser kan således ud fra monopolretlige overvejelser skulle begrænses ud fra en vurdering af selve virksomhedsoverdragelsen. Den tidsmæssige udstrækning af denne periode vil afhænge af, hvad overdragelsen omfatter, og hvad den konkrete virksomhed beskæftiger sig med. Således vil virksomheder, der fremstiller ukomplicerede produkter, alene få en kortere beskyttelse end forsknings- og udviklingstunge virksomheder. Den monopolretlige begrænsning kan således begrænse konkurrenceklausulerne - ikke blot til det tidspunkt, hvor det overtagne forhold er økonomisk forældet, men beskyttelsen kan alene være gyldig i det tidsrum, som erhververen må råde over

⁴¹ Ud fra en *rent økonomisk betragtning* skulle der ikke være afgørende hindringer imod at overføre synspunktet til ansættelsesforhold, hvis vederlaget er rimeligt; jfr. kap. 13. Som gennemgået ovenfor skal der dog tungtvejende argumenter til for at acceptere konkurrenceklausuler i *ansættelsesforhold* ud over ét år.

⁴² Markedsret 2. udg. s. 76ff og Konkurrencelov med kommentarer ved Evan Sølvkjær s. 142f.

for - ved en aktiv konkurrenceindsats - at have mulighed for at overtage virksomhedens hidtidige markedsposition.⁴³

Det er kun den erhvervsmæssige anvendelse og dermed beskyttelsen imod konkurrence, som erhververen har brug for, idet det afgørende er at sikre, at erhververen uhindret kan indtræde i - og dermed få værdien af - den overdragne virksomhed.⁴⁴ En ikke kommerciel udnyttelse af den overdragne viden og evt. en videreudvikling heraf vil naturligvis kunne være ubehagelig på det tidspunkt, hvor konkurrenceforpligtelsen ophører, men det er ikke anderledes end den konkurrence, enhver af de øvrige konkurrenter kan påføre virksomheden. Efter udløbet af beskyttelsesperioden, hvor erhververen har haft mulighed for at videreudvikle virksomheden og dens viden, og hvor han har kunnet konsolidere virksomhedens markedsstilling, goodwill og kundekreds, vil sælgeren - uanset at han har videreudviklet den beskyttede viden - ofte ikke have nogen anden konkurrenceposition end den alle andre konkurrenter har, jfr. også kap. 14.4.1.⁴⁵

⁴³ Kommissionens beslutning i Nutricia sagen - pkt. 27. Kommissionens afgørelse i Reuter sagen - EF-T L 254/40 af 17/9-1976 - klausulen begrænsedes fra 8 til 5 år. Virksomheden beskæftigede sig med forskning, udvikling og salg inden for kemisk industri. Kommissionens afgørelse i Nutricia sagen - EF-T L 376/22 af 31/12-1983. I det første led af sagen begrænsedes en konkurrenceklausul vedr. overdragelse af varemærker, kundekreds og produkter fra 10 til 4 år. Markedet for det iøvrigt ukomplicerede produkt var angiveligt vanskeligt tilgængeligt. I det andet led af sagen begrænsedes en klausul vedr. kundekreds og goodwill fra 5 til 2 år. Produkterne var her ganske ukomplicerede. Nutricia sagen blev indbragt for EF-Domstolen, men Domstolen afstod fra at efterprøve kommissionens skøn over de fremdragne økonomiske problemer. Dom af 11/7 1985 i sag 42/84 - Nutricia - præmis 34.

⁴⁴ EF - Kommissionens afgørelse i Reuter sagen - referet i EF-T L 254/47 af 17/9 - 1976

⁴⁵ De monopolretlige overvejelser over konkurrenceklausulernes tidsmæssige udstrækning må principielt - på grund af deres karakter af generelle overvejelser over, hvor langt det er nødvendigt at sikre virksomheden imod konkurrence for at få det fulde økonomiske udbytte af de overdragne aktiver - kunne overføres til brug ved afgrænsning af konkurrenceklausuler ved virksomhedsoverdragelser generelt, jfr. aftl. § 38. Det vil dog være vanskeligt - i en situation der netop ikke er omfattet af konkurrenceloven - at anføre med styrke, at der er afgørende samfundsmæssige hensyn at varetage; hensyn der så skal varetages af aftalelovens §§ 36 og 38.

14.5. Vurdering

Det må kunne konkluderes, at der i ansættelsesforhold gælder snævre rammer for, hvor langt konkurrenceklausuler accepteres m.h.t. tidsmæssig udstrækning. Det typiske erhvervsforbud er således indskrænket til ét år, og erhvervsforbud accepteres kun i begrænset omfang herudover - jfr. også kap. 13 vedr. vederlag - og kun hvis virksomhedens beskyttelsesbehov er særegent; f.eks. ved at virksomheden udfører en intensiv forskning og udvikling, eller hvis virksomheden f.eks. konkret kun kan sikre sit grundlag herved - jfr. U 1976.813 Shd - Canada. Tilsvarende vil ledende medarbejdere, en administrerende direktør o.l. på grund af deres overblik over virksomheden kunne pålægges en konkurrenceklausul ud over ét år.

Der foretages en afvejning af virksomhedernes beskyttelsesbehov overfor hensynet til de ansatte, og heri vil indgå de ovennævnte momenter. Som et væsentligt led vil forpligtelsens konkrete udformning indgå, således at hvis klausulen er indskrænket til alene at beskytte f.eks. virksomhedens kunder eller agenturgivere, kan en konkurrenceklausul herom udstrækkes i op til 2 år, idet der i så fald er sikret den ansatte en rimelig adgang til erhverv.

KAPITEL 15. AFL. § 38, STK. 2 - OPSIGELSE SOM STÆNDIGHEDERNE¹

Aftalelovens § 38, stk. 2, har følgende ordlyd:

"Har nogen, der er ansat i en forretning eller anden virksomhed, over for dennes indehaver påtaget sig en forpligtelse af det ovenfor angivne indhold, som skal gælde efter ansættelsens ophør, bliver forpligtelsen uvirksom, hvis han opsiges eller afskediges uden at have givet rimelig anledning dertil, eller han selv fratræder sin stilling, og indehaverens undladelse af at opfylde sine forpligtelser har givet ham gyldig grund dertil".

Denne del af bestemmelsen har ikke direkte relevans for mulighederne for at sammenligne konkurrenceklausuler med den lovbaserede minimumsbeskyttelse af virksomhederne, som denne kommer til udtryk i bl.a. mfl. §§ 1 og 9. Det er dog på trods heraf relevant at behandle bestemmelsen, idet den kan få afgørende indflydelse på mulighederne for at opretholde en iøvrigt rimelig konkurrenceklausul.²

Aftl. § 38, stk. 2, forudsætter, at konkurrenceklausulen er gyldigt påtaget. Dens mål er at regulere konkurrenceklausulers opretholdelse ud fra, hvad der er årsag til ansættelsesforholdets afbrydelse. Forholdet er nærmere dette, at konkurrenceklausuler accepteres for at beskytte virksomhederne imod de ansattes dispositioner, hvorimod virksomhedernes egne, frivillige dispositioner ikke skal komme de ansatte til skade i henseende til deres fremtidige erhvervsvalg. Det er

¹ Carlsen s. 375ff, Ansættelsesretten s. 342f, se de principielle betragtninger i Palmgren s. 64f og generelt om emnet Palmgren s. 146ff. Se om forholdet til markedsføringsloven U 1988.570 Shd - Agenten var blevet opsagt med det kontraktsmæssige 1/2 års varsel, men uanset at virksomhedens produkter udgjorde en væsentlig del af hans salg, og samarbejdet havde været langvarigt, kunne dette ikke retfærdiggøre agentens salg til den hidtidige kundekreds af næsten identiske møbler. Se også herom kap. 3.2.4.

² Se kap. 2.3.5 vedr. afl. § 36, hvor det er anført, at konkurrenceklausuler ikke omfattes af afl. § 38, hvis de indskrænkes til at omfatte virksomhedens nærmere specificerede kunder eller agenturgivere; jfr. U 1988.1061 HD - Nejstgaard og Vetlov, U 1983.157 HD - Boll og Kirsch og U 1979.212 Vld - Ejendomsrådgiverne.

et klart valg, lovgiver har foretaget, idet de ansatte som potentielle konkurrenter er lige farlige, uanset måden de forlader virksomheden på.³

Hvis ansættelsesforholdet afbrydes på grund af virksomhedens forhold, enten det er virksomheden, der opsiger den ansatte uden han har givet rimelig anledning dertil - f.eks som følge af en nedgang i aktiviteten - eller han selv forlader virksomheden på grund af dennes manglende opfyldelse af sine forpligtelser overfor ham, så er en konkurrenceklausul uden virkning; men markedsføringsloven gælder stadig - jfr. kap. 2.4.4.

Dette giver anledning til særligt at belyse 2 spørgsmål: hvad er 'rimelig anledning' for virksomheden til at sige den ansatte op - jfr. kap. 15.1 og hvilke 'undladelser af at opfylde sine forpligtelser' giver den ansatte 'gyldig grund' til at fratræde - jfr. kap. 15.2. Disse spørgsmål dækker de situationer, hvor opsigelse begrundes i den anden parts forhold. De afspejler endvidere det forhold, at den ansatte ønsker at være fri for sin forpligtelse i henhold til konkurrenceklausulen, og modsat ønsker virksomheden denne opretholdt.⁴

15.1. Rimelig anledning for virksomheden til at sige den ansatte op⁵

I samarbejdsforholdet virksomhed og ansat vil der naturligt være visse udsving. Personer går ikke lige godt i spænd, der er modstående interesser med hensyn til løn og arbejdsindsats, og der kan være perioder, hvor samarbejdet går lettere end

³ Palmgren s. 64f - hvis der ydes fuldt vederlag i klausulperioden, er den ansattes interesse i klausulens tilsidesættelse ikke motiveret ud fra et umiddelbart økonomisk behov - jfr. kap. 2.3.3 og 2.3.4.

⁴ Ansættelsesretten s. 342 og Carlsen s. 375f anfører, at der evt. kan ligge en materiel forskel i disse udtryk, hvor 'rimelig anledning' skulle lægge op til en afvejning, hvor 'gyldig grund' refererer til en egentlig misligholdelse fra virksomhedens side. Der ligger vel den realitet heri, at arbejdsgiverens ydelse primært vedrører løn - og arbejdsforhold, hvor den ansattes ydelse afhænger af det individuelle arbejdsområde og den ansattes personlige kvalifikationer.

⁵ Se om forholdet til FUL § 2b - Carlsen s. 375, og om FUL § 2b generelt - Ansættelsesretten s. 100ff, Kaj Petersen s. 169ff.

ellers. Ud fra sådanne almene erkendelser må det være klart, at ikke enhver afvigelse fra et idealmønster kan begrunde en opsigelse med den af aftl. § 38, stk. 2, flydende konsekvens. Der må således fordres en vis grovhed eller væsentlighed.

Hvis der konstateres en *nedgang i den ansattes salg*, må dette ses over en længere periode for at kunne danne et sikkert grundlag for vurderingen.⁶ Nedgangen skal naturligvis dokumenteres⁷ og den skal være væsentlig. Er dette på den anden side opfyldt, vil afskedigelse kunne finde sted.⁸

Spiritusmisbrug skal ligeledes have en vis regelmæssighed eller grovhed. Her - som i andre forhold - vil det være af afgørende betydning, at der er afgivet advarsel eller at indtagelse af spiritus m.v. på arbejdspladsen generelt er forbudt. Hvis en sælger mister kørekortet på grund af spirituskørsel og derved ikke kan udføre sit arbejde, giver resultatet sig af sig selv.

Samarbejdsvanskeligheder er straks vanskeligere at håndtere, idet de kan være det ydre udtryk for noget helt andet. Det kan være vilkårligt - i en situation hvor der ikke er et klart afgrænset grundlag for forholdets afbrydelse - hvem der tager initiativet til at få ansættelsesforholdet afbrudt.⁹ Det er imidlertid som udgangspunkt klart, at det må være de underliggende forhold, der har givet anledning til samarbejdsvanskelighederne, der ud fra en konkret vurdering skal være afgørende for klausulens uvirksomhed i henhold til aftl. § 38, stk 2. Problemet er imidlertid, at der ikke altid foreligger nogen klar faktor, der motiverer samarbejdsvanskelighederne, og i disse situationer vil det kunne få afgørende betydning, hvem der

⁶ Jfr. U 1983.588 Shd - hvor FUL § 18 dog ikke var opfyldt mht. betroelse.

⁷ Cfr. U 1929.211 Shd - se også Palmgren s. 171ff.

⁸ Jfr. U 1978.321 HD - hvor der dog også var spørgsmål om spiritusmisbrug.

⁹ Jfr. Ansættelsesretten s. 342 f. Om emnet generelt - Hanne Petersen: Ledelse og Loyalitet s. 227ff - om offentlige ansættelsesforhold.

tager initiativet til ansættelsesforholdets afbrydelse, idet den pågældende skal bevise - for henholdsvis at blive fri for eller opretholde konkurrenceklausulen - at modpartens forhold var grundlaget for samarbejdsvanskelighederne. I en sådan situation vil der være god grobund for chikanerier, og den ene parts hensigtsmæssige tilrettelæggelse af konfliktens udvikling vil kunne tvinge den anden ind i en bestemt handle måde.¹⁰

Hvis samarbejdsvanskelighederne giver sig udtryk i, at den ansatte ikke opfylder sine forpligtelser med hensyn til salgsrapporter eller kontakt til arbejdsgiveren,¹¹ vil dette kunne være forhold, der giver arbejdsgiveren 'rimelig anledning'. Der skal dog være visse særlige omstændigheder i denne situation, idet det må være væsentligt, om den ansatte har *pligt* til at afgive sådanne rapporter,¹² og om sådanne rapporter er væsentlige for arbejdsgiveren og for arbejdets udførelse.¹³

Konkurrerende virksomhed i forhold til arbejdsgiveren er naturligvis også rimelig anledning;¹⁴ ligesom bibeskæftigelse vil kunne være dette, hvis det antager et større omfang.¹⁵

¹⁰ Visse typer af ledende ansættelsesforhold fordrer, at den ansatte - udover at udføre sin funktion i virksomheden - også har en positiv holdning til virksomheden og den øvrige ledelse, ligesom det er væsentligt, at ledelsens mål med virksomheden stemmer overens. En negativ holdning fra den ansattes side er imidlertid ikke en rimelig afskedigelsesgrund i relation til afl. § 38, stk. 2.

¹¹ Ex. U 1972.449 Øld - Varmetæpper

¹² Cfr. U 1936.560 Shd.

¹³ Cfr. U 1963.725 Shd.

¹⁴ U 1986.190 HD, U 1978.326 HD, U 1974.873 Shd, U 1972.702 HD, U 1969.171 HD, U 1965.628 HD.

¹⁵ Jfr. til ex. U 1974.101 HD, U 1973.799 Shd, U 1965.628 HD.

15.2. Virksomhedens undladelse af at opfylde sine forpligtelser

Virksomhedens forpligtelser overfor den ansatte kan vedrøre flere forhold, bl.a. arbejdets indhold, lønnens størrelse og udbetaling og samarbejdet mellem den ansatte og arbejdsgiveren. Det er karakteristisk, at fx. løn og til dels også arbejdets indhold er områder, hvor der kan tilvejebringes en vis grad af klarhed, inden ansættelsesaftalen indgås, hvorimod samarbejdets afvikling er vanskeligere at tilrettelægge. Behandlingen af emnekredsene vil tage deres udgangspunkt i denne konstatering, idet der kan anlægges en skarpere vurdering i de mere specifikke forhold, og omvendt må der være en vis margen for samarbejdsforholdets udvikling.¹⁶

Udgangspunktet må således tages i *ansættelsesaftalen*, der danner grundlaget for, hvilke forpligtelser arbejdsgiveren har overfor den ansatte. Det er her karakteristisk, at hvis arbejdets indhold ikke svarer til det aftalte eller bliver ændret i forhold hertil, vil det være en omstændighed, der berettiger den ansatte til at betragte arbejdsaftalen som misligholdt. Dette gælder i særlig grad for overordnede ansatte, hvis deres beføjelser ændres.¹⁷

Anderledes forholder det sig med *fremtidige forhold*, såsom lønudviklingen og evt. advancementer. Det gælder her, at der må tages udgangspunkt i det i ansættelsesaftalen anførte, og der er en bred margen for den fremtidige udvikling. Dette åbner naturligvis vide muligheder for frustrationer for den ansatte, der føler sig forbigået, men dette kan ikke betragtes som manglende opfyldelse af forpligtelser.¹⁸ Omvendt må den ansatte kunne forvente, at konkurrenceklausulen er

¹⁶ Carlsen s. 376f - virksomhedens misligholdelse behøver ikke være så væsentlig, at den kan begrunde ophævelse uden varsel. Ved en velbegrunnet opsigelse må afl. § 38, stk. 2, kunne anvendes.

¹⁷ U 1973.690 HD, U 1977.152 HD og U 1986.782 HD - Occo Danmark, se om et særligt tilfælde U 1982.101 HD.

¹⁸ Jfr. U 1973.319 HD, U 1962.259 Shd, U 1937.540 Shd, U 1934.145 Vid, U 1928.229 Shd. Se tilsvarende U 1976.813 Shd, hvor § 38, stk. 2, dog ikke blev påberåbt.

bundet til den forudsætning, at ansættelsesforholdet opretholdes på det hidtidige niveau. Delvis opsigelse af de hidtidige vilkår uden samtidig genforhandling af konkurrenceklausulen må have en tilsvarende virkning som en opsigelse, der ikke er rimeligt begrundet i den ansattes forhold - jfr. afl. § 38, stk. 2.¹⁹

Samarbejdsvanskeligheder uden nærmere angivelse kan være uhyre belastende, men de berettiger ikke til at vurdere situationen som manglende opfyldelse af forpligtelser uden nærmere begrundelse.²⁰

¹⁹ Jfr. Carlsen s. 375f jfr. s. 283ff med henv. Se U 1934.145 VId - hvor nedsættelse af opsigelsesvarslet fra 3 til én måned stiltiende var accepteret af den ansatte.

²⁰ Jfr. U 1946.249 HD. Se tilsvarende U 1930.267 HD, hvor arbejdsgiverens kritik af den ansattes arbejde ikke berettigede den ansatte til at betragte sig som afskediget. Se også Carlsen i J 1963.461ff, hvor der foreslås en regel om, at den ansatte skulle være frigjort for konkurrenceklausulen, hvis forholdene i virksomheden giver ham rimelig grund til opsigelsen.

KAPITEL 16 KONKURRENCEKLAUSULERS GEOGRAFISKE UDSTRÆKNING¹

Det er angivet som et særskilt kriterium i aftl. § 38, stk. 1, hvorvidt konkurrenceklausuler i geografisk henseende er udstrakt videre end nødvendigt for at beskytte virksomhederne mod konkurrence - i lyset af den ansattes behov for adgang til erhverv.²

Denne geografiske betingelse vedrører - ligesom den tidsmæssige - principielt ikke, hvorvidt konkurrenceklausuler er nødvendige for at beskytte virksomhedernes konkurrenceevne - jfr. kap. 12 om betroelse - men tager dette som et principielt udgangspunkt for at regulere konkurrenceklausuler ud fra virksomhedernes og de ansattes behov. Det geografiske kriterium er således én af de samvirkende faktorer, der indgår i vurderingen af konkurrenceklausulers udstrækning, og må som sådan kunne afhænge af konkurrenceklausulens tidsmæssige og indholdsmæssige udstrækning.³

Udgangspunktet for en vurdering af en virksomheds geografiske behov for beskyttelse mod den ansatte konkurrerende virksomhed vil være den geografiske udstrækning af virksomhedens markeder ved ansættelsesforholdets ophør;⁴ samt

¹ Se herom Palmgren s. 118ff, Carlsen s. 374, Ansættelsesretten s. 340.

² Den geografiske begrænsning er tæt knyttet til den artsdefinerede konkurrenceklausul. Hvis klausulen alene omfatter samarbejde med kunder eller agenturgivere - jfr. U 1988.1061 HD - Nejstgaard og Vetlov og U 1983.157 HD - Boll og Kirsch - vil der som udgangspunkt ikke være behov for nogen geografisk begrænsning; omend dette ikke kan udelukkes.

³ Jfr. U 1976.813 Shd - Canada - hvor hele Nordamerika var omfattet, men hvor klausulen af parterne begrænsedes til alene at omfatte danske møbler; og U 1987.543 Shd - Pia Holten - hvor klausulen alene omfattede sekretærudvælgelse. Denne helhedsbedømmelse kan ikke føre til at acceptere enkelte led af en konkurrenceklausul, der går ud over et rimeligt hensyn til virksomhedens konkurrenceevne - jfr. Palmgren s. 115f.

⁴ Markedernes afgrænsning må fastlægges ud fra, hvilke produkter virksomheden fremstiller, og hvilke afsætningskanaler virksomheden anvender; der må endvidere forudsættes en regelmæssig bearbejdning, idet enkeltstående salg ikke giver virksomheden noget behov for beskyttelse. Se herom også Palmgren s. 118ff.

markeder hvor virksomheden har aktuelle planer om at markedsføre sine produkter.⁵ En konkurrenceklausul kan omfatte forhold og markeder udenfor Danmark, ligesom handlinger foretaget i udlandet kan indebære en krænkelse af konkurrenceklausulen.⁶

Spørgsmålet om rimeligheden af konkurrenceklausulens geografiske udstrækning vil være aktuelt, hvor den forpligtede alene har varetaget afsætningen af virksomhedens produkter - eller samarbejdet med *virksomhedens forretningsforbindelser* i en afgrænset del af virksomhedens markeder. Virksomheden har her behov for at kunne sikre kundekredsen og forretningsforbindelserne uforstyrret af den tidligere ansatte - jfr. kap. 4 - men uden for området kan den ansatte ikke antages at kunne påføre virksomheden en konkurrence, der kan begrunde en konkurrenceklausul.⁷

8

⁵ En konkurrenceklausul, der rækker herudover, vil ikke være nødvendig for at beskytte virksomheden mod konkurrence.

⁶ Se senest U 1990.67 HD, hvor konkurrenceklausulen overtrådtes ved samarbejde med en konkurrents tyske datterselskab, og U 1962.259 Shd - Værkfører - hvor klausulen misligholdtes ved ansættelse i Malmø. I U 1976.813 Shd - Canada - vedrørte konkurrenceklausulen 'Nordamerika'.

⁷ Jfr. bet. 1151/1988 om Handelsagenter s. 136f, hvor en konkurrenceklausul alene kan omfatte de områder og den kundekreds, som agenten har fået overdraget. I U 1968.911 Shd - Repræsentant - begrænsedes klausulen til øst for Lillebælt, I U 1957.592 Shd - Gummistøvler - hvor klausulen omfattede Skandinavien, tilsidesattes klausulen i sin helhed, men dette kan alene antages at være begrundet i, at der ikke var et behov for at beskytte virksomheden mod konkurrence.

⁸ Begrænsningen foretages ofte af parterne selv - U 1967.940 Vld - Merrild - radius på 2 km, U 1964.533 Shd - Gram - københavnsafdelingens salgsområde, U 1937.540 Shd - Melrepræsentant - København, utrykt Shd af 14/6-1973 i sag H 74/1972 - Salgschauffør - radius 15 km, utrykt Øld af 6/2-1986 a.s. nr. 172/1985 - Tapetvarer - Sælgerens distrikt. Se *heroverfor* U 1930.267 HD - hele Danmark og U 1972.702 HD - Würth - Danmark og Skandinavien, hvor der ikke blev taget stilling hertil. Se tilsvarende U 1962.259 Shd - Værkfører - hvor klausulen omfattede Europa og Nord- og Sydamerika, men hvor klausulen blev overtrådt ved ansættelse i Malmø - klausulen fandtes ikke at gå for vidt i relation til krænkelsen i Malmø.

Ved et mere indgående kendskab til virksomhedens *kommercielle forhold* vil der være øgede muligheder for at påvirke virksomhedens konkurrenceevne uden for et evt. afgrænset geografisk område, men også her må det være af afgørende betydning, hvorvidt kendskabet til virksomhedens kommercielle forhold primært er anvendt i afgrænsede geografiske sammenhænge. Det vil her være den tætte kontakt til forretningsforbindelserne sammenholdt med et godt kendskab til det marked, hvor den ansatte har virket, der er det centrale, og en konkurrenceklausul bør derfor indskrænkes hertil.⁹

Heroverfor må ses mulighederne for at sikre virksomheden imod misbrug af dennes *erhvervshemmeligheder* eller af et *generelt og dybtgående kendskab til virksomheden* - jfr. kap. 5 og 6. Kendskab hertil vil kunne misbruges til at påføre virksomheden ekstraordinær konkurrence på alle markeder. Det vil i relation til disse forhold være essentielt at afskære den forpligtedes etablering af egen virksomhed - eller samarbejde med enhver konkurrent - der markedsfører sine produkter i konkurrence med virksomheden.¹⁰

⁹ I U 1973.319 HD - Speditør - begrænsedes konkurrenceklausulen til vest for Storebælt, hvor den forpligtede havde varetaget ledelsen af virksomhedens filial. I U 1981.731 Vld - Slidbanedæk - Aalborg afdelingens salgsområde, U 1929.684 HD - Skibsmægler - Fyns Stift, U 1951.870 Shd - Vægtervirksomhed - Klausulen begrænsedes af retten til at omfatte Amager, hvor virksomheden havde haft hovedparten sin kundekreds, U 1946.1003 Øld - Klausul om 'konkurrerende virksomhed' fandtes ud fra fortolkning alene at omfatte Danmark. Se herom Palmgren s. 121f.

¹⁰ Et samarbejde med konkurrenterne udenfor virksomhedens markeder vil ikke kunne påvirke virksomheden umiddelbart og må derfor accepteres; jfr. utrykt Shd af 12/5-1989 i sag F 18/1988. I beskyttelsesperioden kan virksomheden videreudvikle sine produkter, markedsføre nyudviklede produkter og sikre forretningsforbindelsernes tilknytning til virksomheden.

Afsnit V Resultater og vurderinger

KAPITEL 17. LOYALITETSPLIGT OVERFOR KONKURRENCEKLAUSUL

17.1. Beskyttelsen af virksomheden

Uden konkurrenceklausul vil hensynet til den fri konkurrence reelt udelukke, at der kan nedlægges forbud mod selve den ansattes konkurrerende virksomhed eller samarbejde med virksomhedens konkurrent. Mulighederne for overhovedet at modvirke eller standse en aktuel krænkelse ved fagedforbud vil ofte reelt være udelukket på grund af forholdets manglende klarhed, og den vil være afhængig af, at krænkelsen giver sig udtryk i et konkret forhold, som der kan nedlægges forbud mod; f.eks. henvendelse til virksomhedens kunder eller markedsføring af konkurrerende produkter. Et forbud vil endvidere alene kunne genere konkurrenten, idet forbuddet ikke overtrædes, hvis konkurrenten ændrer produkterne eller foretager en bredere udformet markedsføring.

Virksomhedens erhvervshemmeligheder - resultaterne af års arbejde og af betydelige investeringer - er omfattet af tavshedspligten i mfl. § 9, men forpligtelsen kan misligholdes såvel i egen virksomhed som ved samarbejde med en konkurrent. Det vil her være afgørende, hvorvidt krænkelsen manifesterer sig i fremstilling af konkurrerende produkter eller henvendelse til virksomhedens kunder, idet der så kan nedlægges forbud imod disse forhold. At virksomheden fremstiller et konkurrerende produkt behøver imidlertid ikke - jfr. kap. 6 - at være udtryk for, at virksomhedens erhvervshemmeligheder *er* krænket; og selv om virksomhedens erhvervshemmeligheder *ér* krænket, behøver et givet produkt ikke at være resultatet heraf - selvom en krænkelse oftest påvises ved sammenligning af konkurrerende produkter. Tilsvarende vil der heller ikke være mulighed for at nedlægge forbud, hvis konkurrenten alene beskæftiger sig med forskning og udvikling eller endnu ikke har markedsført et produkt.

Virksomheden er således ud fra mfl. §§ 9 og 1 og loyalitetspligten alene sikret et vist *minimum af beskyttelse* og kun for meget direkte krænkelse. Tilsvarende vil tabsopgørelsen volde betydelige problemer, og ofte fører alene mulighederne for at tilkende skønsmæssigt fastsatte erstatninger til, at krænkelsen har nogen konsekvenser overhovedet. Selve vurderingen af, hvorvidt en tidligere ansats handling er en misligholdelse af loyalitetspligten eller retsstridig i henhold til mfl. §§ 9 og 1, vil ske på grundlag af hans kendskab til virksomheden. Retsstridigheds- og misligholdelsesvurderingen vil således blive objektiveret, idet de subjektive forhold er klarlagt på forhånd, og en konsekvens heraf vil være, at en konstateret retsstridighed eller misligholdelse i sig selv vil udgøre ansvarsgrundlag i en erstatningssag.¹

Ved at aftale en generelt aktivitetsbegrænsende konkurrenceklausul ændrer vurderingen sig, idet aftalen indebærer en opprioritering af virksomhedens interesser på bekostning af den ansattes adgang til at etablere - eller tage ansættelse i - konkurrerende virksomhed. På grundlag af en sådan konkurrenceklausul er der mulighed for at nedlægge fagedforbud, idet misligholdelsesvurderingen allerede i fagedretten vil kunne foretages med stor sikkerhed. Forbuddet kan rettes mod selve den konkurrerende virksomhed eller ansættelse i samme. Effekten heraf kan være ganske betydelig, idet et forbud kan standse en virksomhed eller afbryde samarbejdet med en konkurrent og dermed ødelægge den forpligtedes økonomiske fundament.

Der er imidlertid en række problemer ved at nedlægge fagedforbud på grundlag af en konkurrenceklausul. Virksomhedens erhvervshemmeligheder kan på grund af deres karakter af et faktisk forspring prigsives alene ved mundtlig orientering af en konkurrent eller et løser samarbejde mellem den forpligtede og konkurrenten. Begge fremgangsmåder vil være en klar misligholdelse af forpligtelsen såvel i henhold til mfl. § 9 som af en konkurrenceklausul med grundlag heri, men det kan

¹ Tilsvarende betragtninger kan gøres gældende i relation til egentlige konkurrenceklausuler.

være uhyre vanskeligt at henholdsvis opdage eller bevise misligholdelsen, og selv om dette lykkes, vil et forbud mod samarbejdet eller en evt. konkurrerende produktion sjældent kunne begrænse skaden. Dette skal sammenholdes med, at fogedforbud alene kan nedlægges af en dansk fogedret, hvis krænkelsen af mfl. §§ 9 og 1, loyalitetspligten eller en konkurrenceklausul enten finder sted eller har virkninger i Danmark, eller den forpligtede har en tilknytning hertil. Denne begrænsning har størst betydning for virksomhedens erhvervshemmeligheder, og dét kommercielle kendskab, der ikke er knyttet til virksomhedens danske marked. Endelig kan en konkurrenceklausul alene opretholdes, hvis den ansatte selv siger op eller virksomheden har rimelig anledning hertil - jfr. afl. § 38, stk. 2.²

I de nævnte situationer vil det være af afgørende betydning at have aftalt en konventionalbod. Bodden kan virke som motivationsfaktor for den forpligtede, og den kan lette kravene til virksomhedens dokumentation for krænkelsens grovhed og tabets størrelse. Virksomhedens tab vil herved til en vis grad kunne kompenseres, og spørgsmålet om bod kan afgøres ved en almindelig retssag, hvor der kan aftales dansk værneting. En konkurrenceklausul kan endvidere kombineres med en klausul, der alene sikrer virksomhedens kunder og agenturgivere og dermed ikke omfattes af afl. § 38, jfr. kap. 2.3.5.2, og 4 - kombineret med en bod for krænkelse heraf.

Virksomhedernes muligheder for at sikre grundlaget for deres konkurrenceevne er klart bedre ved at vedtage en konkurrenceklausul og en bod. Inden for disse rammer kan der konstateres et *samspil* mellem den lovbaserede minimumsbeskyttelse af virksomhederne og vurderingen af en konkurrenceklausuls nødvendighed og udstrækning. Virksomhederne skal således, jfr. afl. § 38, stk. 1, bevise, at den ansattes handling påvirker forhold i virksomheden, der er beskyttelsesværdige for denne, og at konkurrenceklausulen er nødvendig for at beskytte virksomheden

² Det skal erindres, at mfl. §§ 9 og 1 også kan anvendes i den situation, hvor en konkurrenceklausul er uden virkning - jfr. U 83.105 HD - Slipmiddel og kap. 2.4.

mod netop denne ansattes muligheder for at påføre virksomheden ekstraordinær konkurrence. Dette bevis vil være ført, hvis det tilsvarende forhold vil være retsstridigt også uden konkurrenceklausul; jfr. kap. 3 - 6. Dette samspil kan endvidere ses i forhold til konkurrenceklausuler begrænset til alene at omfatte virksomhedens specifikke forretningsforbindelser. Sådanne klausuler opretholdes uden nogen nødvendig hensyntagen til fratrædelsesomstændighederne. Dette kan ses som et udtryk for, at beskyttelsen af disse altid vil være vital for virksomheden, idet de også er beskyttet ud fra mfl. § 1 og loyalitetspligten; jfr. kap. 4. En specifik klausul herom begrænser således som klart udgangspunkt ikke den forpligtedes adgang til erhverv urimeligt.

Ligeledes vil mulighederne for at få en konkurrenceklausul opretholdt ud over ét år være afhængig af, at virksomheden har behov herfor; jfr. kap. 14. Hvis den ansatte således har kendskab til virksomhedens erhvervshemmeligheder, jfr. mfl. § 9, vil en konkurrenceklausul - alt efter erhvervshemmelighedens nærmere karakter jfr. kap. 6 - kunne udstrækkes udover ét år.³

17.2. Konkurrenceklausulers betydning for de ansatte

De ansattes forpligtelser rækker fra en loyalitets- og tavshedspligt over til et egentligt konkurrenceforbud. De ansattes muligheder for at anvende deres særlige kvalifikationer er et spejlbillede af virksomhedernes muligheder for at sikre deres særlige forhold, således at de ansatte *uden konkurrenceklausul* som udgangspunkt kan etablere - og tage ansættelse i - konkurrerende virksomhed. De ansatte har en forpligtelse til at respektere virksomhedernes relationer til forretningsforbindelserne, til ikke at plagiere virksomhedernes produkter og til ikke at misbruge deres

³ En tilsvarende vurdering kan anlægges i forhold til ledende medarbejdere, der - udover at deres forhandlingsposition sædvanligvis er stærk - må antages at have et indgående kendskab til virksomheden; og et ofte dybtgående kendskab til såvel tekniske som kommercielle erhvervshemmeligheder.

kendskab til virksomhedernes erhvervshemmeligheder. Dette levner sædvanligvis rimelig mulighed for de forpligtede til at udnytte deres erhvervsevner.⁴

Heroverfor står et egentligt erhvervsforbud i henhold til en *generelt aktivitetsbegrænsende konkurrenceklausul*. Denne forpligtelse vil indebære, at den ansatte afskæres fra at anvende såvel sit særlige kendskab til virksomheden som sine grundlæggende evner - og dermed fra at få en løn, som svarer til kvalifikationerne. Hvis konkurrenceklausulen konkret er indskrænket i geografisk henseende, eller den ansattes kvalifikationer er af generel art, vil det være muligt at anvende disse i ikke konkurrerende virksomhed, men den ansattes geografiske og faglige mobilitet vil være afgørende herfor. Det må kunne konkluderes, at hvis virksomheden har en beskyttelsesværdig interesse i forhold til den konkrete ansatte - jfr. kap. 12 om betroelse - vil en konkurrenceklausul kunne opretholdes i op til ét år uden nærmere begrundelse - jfr. kap. 14 - og uden vederlag herfor - jfr. kap. 13. Uanset konkurrenceklausulen alene får virkning ved den ansattes egne dispositioner - jfr. afl. § 38, stk. 2 - virker denne overvægtning af virksomhedens interesser reelt som en prisgivelse af de ansattes interesser i at kunne tage anden ansættelse med udnyttelse af deres særlige kvalifikationer, og den modvirker en mobilitet, der kunne være til fordel for alle virksomhederne.

Denne bombastiske virkning forekommer mindre velbegrundet, når det tages i betragtning, at beskyttelsen af en virksomhed er mest effektiv for sådanne ansatte, hvor enten virksomhedens beskyttelsesværdige forhold eller den ansatte er knyttet til det danske marked, hvorimod ansatte med kendskab til virksomhedens mest vitale forhold - de tekniske erhvervshemmeligheder - eller med viden, der kan anvendes til at påføre virksomheden konkurrence på de udenlandske markeder, ofte kun kan mødes med et forbud på grundlag af dét lands retsregler, hvor krænkelsen finder sted. En konkurrenceklausul er trods dette forbehold en meget

⁴ Jfr. i relation til en klausul begrænset til forretningsforbindelser U 1983.157 HD - Boll og Kirsch og U 1988.1061 HD - Nejstgaard og Vetlov.

betydelig byrde for de ansatte, hvor alene den ansattes konkrete muligheder for at anvende sine evner i ikke konkurrerende virksomhed eller flytte - enten uden for virksomhedens markeder eller til et område, hvor konkurrenceklausulen ikke kan håndhæves ved forbud - vil kunne sikre den ansatte en indtjening, der modsvarer hans kvalifikationer. I disse situationer vil der dog være mulighed for, at en aftalt bod vil forfalde, og en accept af en bod på mellem 6 og 12 mdr.s løn vil kunne være af væsentlig betydning for den ansattes økonomi.

17.3. Vurdering - er konkurrenceklausuler acceptable i den nuværende form⁵

De nugældende regler giver ud fra deres ordlyd og fortolkning en formelt set god beskyttelse af *virksomhederne*, men i praksis er der meget væsentlige problemer med at håndhæve reglerne - jfr. kap. 7 - 10. Specielt springer det i øjnene, at de mest vitale forhold - erhvervshemmelighederne - på grund af deres karakter af et faktisk konkurrence forspring også er de vanskeligste at sikre - og dette er til dels også tilfældet, hvis der aftales en konkurrenceklausul med grundlag heri. En øget mulighed for at aftale konventionalbøder vil være en faktor, der kan motivere den forpligtede til at overholde sine forpligtelser, men en bod på ét års løn må anses for overgrænsen for, hvad der kan anses for rimeligt i ansættelsesforhold. En bod af denne størrelse vil være en alvorlig byrde for den forpligtede, og den bør kun accepteres ved meget grove krænkelse, der har påført virksomheden store tab; og i tilfælde hvor begge parter er erhvervsdrivende.⁶

I forhold til *den ansatte* kan den brede anvendelse af konkurrenceklausuler virke urimelig - uanset at en konkurrenceklausul kun finder anvendelse ved den ansattes egen handling eller ved afskedigelse med grundlag i hans forhold; jfr. afl. § 38, stk

⁵ Se herom Ansættelsesretten s. 346ff, Hemmelighet s. 36f, Koktvedgaard s. 355ff, Ståhlros s. 369ff, SOU 1983:52 s. 314ff, Bruun i NIR 1988:79f.

⁶ Se U 1990.67 HD hvor en bod på 12 mdr.s løn ikke blev nedsat. En evt. aftale herom indgået mellem de involverede parter organisationer vil her kunne tillægges betydelig vægt - jfr. 1969-års overenskomst - gengivet i SOU 1983:52 som bilag 3.

2. Forarbejderne til og ordlyden af afl. §§ 38 og 36 og FUL § 18 lægger op til en hensyntagen til den ansatte og samfundet, men reglen om vederlag i FUL § 18 giver den faktiske effekt, at vederlag alene diskuteres ved konkurrenceklausuler ud over ét år; jfr. kap. 12 og 13. De ansattes og samfundets interesser bliver først synlige i vurderingerne, hvis konkurrenceklausulen rækker ud over ét år, jfr. kap. 12 - 14. Der er således efter gældende ret lagt afgørende vægt på hensynet til enkeltvirksomhederne, men det er imidlertid et spørgsmål, hvorvidt den økonomiske udvikling af *branchens* og af *samfundets* konkurrenceevne fremmes bedst med eller uden mulighed for at aftale en konkurrenceklausul. Der kan ikke inden for dette arbejde gives et svar herpå, men det kan påpeges, at hele spørgsmålet om behovet for konkurrenceklausuler og de ansattes muligheder for at etablere konkurrerende virksomheder også er et spørgsmål om at give de ansatte løn- og ansættelsesvilkår, der modsvarer deres betydning og værdi for virksomhederne. En form for medejerskab vil afgørende kunne fremme den forpligtedes loyalitet og økonomiske interesse i virksomheden, og en resultatafhængig honorering vil også knytte forbindelsen til medarbejderne tættere. En generel ordning med udstedelse af medarbejderaktier kunne evt. være led heri; eller en mere specifik med indgåelse af en option på aktier.

Virksomhedernes og investorernes interesse i konkurrenceklausuler er knyttet til den ofte betydelige kapital, som virksomhederne over en årrække investerer i opbyggelsen af virksomhedernes konkurrenceevne: erhvervshemmelighederne, produkterne, kunderelationerne og hele virksomhedens interne organisation. Dette skal sammenholdes med, at det i vidt omfang må accepteres, at virksomheden ved dygtige medarbejderes fratræden vil miste et udviklingspotentiale i forhold til erhvervshemmelighederne og personlige kontakter til forretningsforbindelserne, ligesom den pågældende vil have et indgående kendskab til virksomheden. I en fratrædelsessituation kan dette motivere virksomheden til omgående at afbryde den ansattes adgang til virksomheden, men dette fører ikke nødvendigvis til, at konkurrenceklausuler bør accepteres generelt.

Enkeltvirksomhedens interesse må således anses for tilstrækkeligt beskyttet ved alene at acceptere anvendelse af egentlige aktivitetsbegrænsende konkurrenceklausuler i forhold til de ansatte, der har kendskab til virksomhedens tekniske erhvervshemmeligheder, og for ansatte, der på grund af deres ledende funktion i virksomheden ikke omfattes af funktionærloven. I alle andre relationer må en klausul, der alene forbyder den ansatte at tage direkte kontakt til eller samarbejde med virksomhedens forretningsforbindelser - kombineret med en solid bod for misligholdelse heraf - være tilstrækkeligt til at sikre virksomheden. Herved accepteres generelt, at medarbejdere med kendskab til virksomhedens kommercielle forhold kan tage ansættelse i konkurrerende virksomhed. Dette må anses for at være i overensstemmelse med den udvikling, der er kommet til udtryk i den nye konkurrencelov, hvor konkurrencerådet har en bred adgang til at offentliggøre undersøgelser om virksomhedens kommercielle forhold, og hvor der er en generel adgang til at få aktindsigt i alle de kommercielle oplysninger, som konkurrencerådet indsamler med henblik herpå.⁷

For de tilbageværende grupper af konkurrenceklausuler er den gældende retspraksis med hensyn til vederlag og tidsmæssig udstrækning imidlertid ikke acceptabel. Konkurrenceklausuler bør alene accepteres, hvis der betales *vederlag for hele klausulperioden*. Vederlag udbetalt bagud i hele klausulperioden vil øge de ansattes mobilitet, idet de er økonomisk sikret indtil klausulperiodens udløb. Det vil ligeledes øge sandsynligheden for, at konkurrenceklausulen overholdes, idet en del af incitamentet til misbrug afskæres. Vederlaget kan tillige kombineres med en klækkelig bod for misligholdelsen, idet bodens forfald vil være et resultat, som den ansatte helt selv er herre over. Specielt bør det ved en lovændring herom præciseres, at et vederlag for konkurrenceklausulen skal erlægges uden hensyntagen til fratrædelsesomstændighederne, og selv om konkurrenceklausulen

⁷ Jfr. også SOU 1983:52 s. 268ff. I lov om skydd för företagshemligheter af 31/5-1990 omfattes såvel tekniske som kommercielle erhvervshemmeligheder.

krænkes, medmindre det klart tilkendegives eller konstateres, at forpligtelsen ikke vil blive overholdt.

Konkurrenceklausuler bør have en *maximal tidsmæssig udstrækning*. En beskyttelsesperiode på 2 år må anses for på passende måde at beskytte virksomhederne; såvel i forhold til generelt aktivitetsbegrænsende konkurrenceklausuler aftalt med ledende medarbejdere og ansatte i forsknings- og udviklingsafdelinger som i forhold til en kundeklausul aftalt med andre ansatte. Også virksomhedernes erhvervshemmeligheder kan være omfattet af denne beskyttelsesperiode, idet uanset at beskyttelsen af sådanne principielt er tidsbegrænset, må virksomhederne inden for en 2 års periode kunne videreudvikle deres særlige forhold, således at de ansatte ikke vil kunne påføre virksomhederne anden konkurrence end tilsvarende - højt uddannede - specialister. Virksomhedernes erhvervshemmeligheder er på grund af den øgede teknologiske udvikling generelt udsat for en hurtig forældelse; de ansattes kendskab til virksomhedernes erhvervshemmeligheder vil således allerede efter en kortere periode alene svare til det generelle niveau på området.

En fast 2 års beskyttelsesperiode vil sikre de ansatte klarhed over deres retsstilling.⁸ I forhold til de ansatte generelt må 2 års perioden anses for acceptabel, idet anvendelsesområdet for generelt aktivitetsbegrænsende konkurrenceklausuler ovenfor foreslås begrænset til sådanne forhold, hvor der i forvejen accepteres længerevarende klausuler - jfr. kap. 14.

⁸ I de tilfælde, hvor medarbejderen tillige er medejer, vil 2 års perioden kunne være for snæver. Der må her være mulighed for at aftale en videregående beskyttelse, men alene for sådanne ledende medarbejdere, der besidder en ejerandel med indflydelse i virksomheden - d.v.s. at besiddelse af medarbejder aktier i sig selv ikke kan tillægges betydning. Sådanne medarbejdere er tillige ofte så professionelle, at der ikke er noget afgørende beskyttelseshensyn.

LITTERATURFORTEGNELSE

Andersen, Jens Anker	Fogedsager: En lov med kommentar. GAD 1979
Andersen, Lennart Lyne Madsen, Palle Bo og Nørgaard, Jørgen	Aftaler og Mellemænd. GAD 1987
Andersen, Lennart Lyne og Nørgaard, Jørgen	Aftaleloven med kommentarer. Juristforbundet 1990. (forkortet: komm. aftalelov)
Andersen, Mads Bryde	Edb og Ansvar: Studier i edb-erstatningsrettens beskrivelsesproblematik. Juristforbundet 1989 (forkortet: Edb og Ansvar)
Andersen, Paul Krüger	Markedsføringsret. København 1978 (forkortet: Krüger Andersen)
Andreasen, Hardy	Varemærkeretten i konkurrenceretlig belysning. København 1948 (forkortet: Andreasen)
Bernitz, Ulf -	Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande. Festschrift til Lars Welamson. Stockholm 1987 Standard avtalsrätt 4. upplagan. Stockholm 1987
Bernitz, Ulf Karnell, Gunnar Pehrson, Lars Sandgren, Claes	Immaterielrätt 2. upplagan. Stockholm 1987
Betænkning 1151/1988 - 1107/1987 - 1075/1986 Betænkning 1022/1984 - 738/1975 - 681/1973 - 417/1966 - 416/1966	Handelsagenter og handelsrejsende Arrest og Forbud Fra monopollov til konkurrencelov Revision af Funktionærloven Forbrugerkommissionens betænkning III. Forbrugernes retsstilling og retsbeskyttelse. Forbrugerkommissionens betænkning II - Markedsføring, Forbrugerombudsmand, Forbrugerklagenævn. Vedrørende en ny dansk lov om mønstre. Angående en ny konkurrencelov
Bjørn, Ole	Lærebog om indkomstskat 6. udgave. Juristforbundet 1989

Hulgaard, Lida
Michelsen, Aage

Blomqvist, Jørgen

Overdragelse af ophavsrettigheder - rettigheds-
overdragelsen og dens fortolkning. København
1987 (forkortet: Blomqvist)

Carlsen, H.G.

Dansk Funktionærret 4. udgave. København
1989 (forkortet: Carlsen)

Dige, Palle

Bevis i kontraktsforhold. København 1945

Dybdahl, Vagn

Den illoyale konkurrence - Begrebets opståen.
Erhvervshistorisk årbog 1952

Dübeck, Inger

"var ej lov i landet, da havde den mest, som
kunne tilegne sig mest" - om konkurrencelovens
tilkomst. Festskrift til Vagn Dybdahl s. 119ff

Ehlers, Knud

Håndhævelse af undladelsespligter. Nyt Nordisk
Forlag 1955

Eyben, W.E. von

-

Bevis. København 1986 (forkortet: Bevis)
Konkurrencebegrænsning og illoyal konkurren-
ce. Festskrift til Poul Andersen s. 114ff. Køben-
havn 1958

Gesner, Niels

Forretningsoverdragelse 1. udgave 1982

Greve, Vagn

Erhvervsspionage - i strafferetlig belysning.
FSR's årsskrift 1991 - Skatteret Erhvervsret -
s. 79ff. (forkortet: Greve)

Gomard, Bernhard

Almindelig Kontraktsret - indgåelse, gyldighed,
fortolkning. København 1988 (forkortet: Kon-
traktsret)

-

Fogedret 3. udg. Juristforbundet 1981

-

Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden
for kontraktsforhold. GAD 1958 (forkortet: Go-
mard, Erstatningsregler)

-

Kontraktsfrihed i Danske Lov. Danske og Nor-
ske lov i 300 år s. 537ff. Juristforbundet 1983

-

Obligationsret 1. del 2. udgave 1989 (forkortet:
Gomard 89)

-

Obligationsretten i en nøddeskal hæfte I-III
samt tillæg. (forkortet: Nød I-III)

Hansen, Jørgen	Licensaftalen. København 1981
Hasselbalch, Ole	Ansættelsesretten. København 1985 (forkortet: Ansættelsesretten)
Hellner, Jan	Kommersiell avtalsrätt 2. upplagan. Stockholm 1987
Jørgensen, Stig	Erstatningsret, 2. udg. 1972
-	Foreløbig redegørelse om formuerettens generalklausuler 1974
-	Kontraktsret bind I og II. København 1971 og 1972.
Knoph, Ragnar	Bedriftshemmeligheters rettsbeskyttelse - bilag I til Det Sekstende Nordiske Juristmøde Oslo 1934 (forkortet: Hemmelighet)
-	Funksjonær opfinnelsen. Oslo 1928
-	Åndsretten. Oslo 1936
Knudsen, Peder Nyvang	Diskretionspligtens genstand. Århus 1987
Kobbernagel, Jan	Konkurrencens retlige belysning. Bind I København 1957 (forkortet: Kobbernagel I)
Koktvedgaard, Mogens	Konkurrenceprægede immaterialretspositioner. København 1965 (forkortet: Koktvedgaard eller Koktvedgaard imm.pos.)
-	Lærebog i immaterialret. Juristforbundet 1988 (forkortet: lærebog i immret.)
-	Lærebog i Konkurrenceret. Juristforbundet 1990 (Forkortet: Konkurrenceret)
Koktvedgaard, Mogens og Østerborg, Lise	Patentloven 2. udgave 1979
Kruse, A. Vinding	Erstatningsretten. 5. udg. Juristforbundet 1989
-	Erstatningsretten. 2. udg. København 1971
Lando, Ole	Udenrigshandelens kontrakter 3. udg. København 1987 (forkortet: Lando)
Levin, Benny	Håndbog i konkurrencelovgivningen (forkortet: Levin 1943)

-	Lov om bestemmelser mod uretmæssig konkurrence og varebetegnelse. København 1929 (forkortet: Levin 1929)
Levin, Marianne	Designskydd. Stockholm 1987 (forkortet: Designskydd)
-	Formskydd - en rättsvetenskaplig studie av skyddet för estetiskt syftande industriell formgivning. Stockholm 1984 (forkortet: Formskydd)
Lookofsky, Joseph M.	Consequential Damages in Comparative Context. København 1989 (forkortet: Lookofsky)
Løchen, Torvald C.	Markedsføringsloven med kommentarer, Oslo 1987
Madsen, Palle Bo	Aftalefunktioner. København 1983
-	Markedsret. Juristforbundet 1988
-	Markedsret. 2. udg. Juristforbundet 1990.
Madsen, Palle Bo og Nielsen, Anne-Dorte Bruun	Dansk Forbrugerret. Schultz 1986
Nielsen, Ruth	Lærebog i Arbejdsret 2. udg. Juristforbundet 1987
Nørgaard, Jørgen og Vagner, Hans Henrik	Lærebog i erstatningsret. Juristforbundet 1990
Nørager-Nielsen, Jacob	Edb-kontrakter. København 1987
Palmgren, Gunnar	Konkurrensklausuler vid tjänsteavtal. Helsingfors 1939 (forkortet: Palmgren)
Pehrson, Lars	Ersättning vid patentintrång - en kritisk granskning av nuvarande regler. Indlæg i 'Ulf 50': uppsatser tillegnade Ulf Bernitz på 50 årsdagen den 28 februari 1986 från vännerne på institutet. Stockholm 1986
Petersen, Hanne	Ledelse og Loyalitet: kollektiv arbejdsret i den offentlige sektor. Akademisk 1987
Petersen, Kaj	Funktionærloven 12. reviderede udgave. 1990 (forkortet: Kaj Petersen)

Philip, Allan	International privat- og procesret 3. udgave. Juristforbundet 1976
Rechnagel, Hardy	Virksomhedens internationale kontrakter 2. udgave 1987.
Ross, Alf	Om ret og retfærdighed - en indførelse i den analytiske retsfilosofi. København 1966
Svenné - Schmidt, Torben	International Formueret. GAD 1987
Statens Offentliga Utredningar (SOU)	SOU 1983:52 - Företagshemligheter - betänkande av utredningen om skydd för företagshemligheter. Stockholm 1983. SOU 87:1 - Otilbörlig efterbildning - betänkande av utredningen om skydd för företagshemligheter. Stockholm 1987. SOU 87:17 - Franchising - Betänkande av franchise utredningen
Ståhlros, Leif	Företagshemligheter - Know How. Stockholm 1987 (forkortet: Ståhlros)
-	Patent eller Hemlighetsskydd. Indlæg i 'Ulf 50': uppsatser tilegnede Ulf Betnitz på 50 års dagen. Stockholm 1986
Sundberg, Jacob W.F.	Om generalklausuler. Festskrift til Jan Hellner 1984
Topsøe-Jensen, Hans	Sø- og Handelsretten gennem 125 år: eksempler fra sø- og Handelsrettens praksis.
Ussing, Henry	Aftaler på formuerettens område 3. udgave. Ordstrup 1950
-	Erstatningsret. København 1937
-	Køb 4. udgave ved A. Vinding Kruse. København 1967
-	Obligationsretten almindelig del. 4. udgave ved A. Vinding Kruse. København 1961
-	Retsstridighed - strejflys over nordisk retslære. København 1949 (forkortet: retsstridighed)
Vagner, Hans Henrik	Entrepriseret. Juristforbundet 1988

ARTIKLER

Andersen, Jens Anker og Erik Werlauff	Voldgiftsklausuler og fogedforbud. U 1986 B 63 ff
Bruun, Niklas	Konkurrens- og sekretessklausuler i anstillningsavtal. NIR 88.71 ff.
Carlsen, H.G.	Advarsel til arbejdsgivers advokat. Advokaten 1988 nr. 3 s. 69
-	Regeringens forslag om ændringer i funktionærloven. J 63.461 ff
-	Ændringer i funktionærloven. U 64 B 168 ff
Castrén, Martti	Om tekniska förebilder och föreskrifter. NIR 74.50 ff
-	Affärshemligheter i finsk rätt i relation till anställda och f.d. anställda. NIR 88.62 ff
-	Företagshemligheter och tidigare anställda. NIR 67.280 ff
Dyckjær-Hansen, Karen	Parallelimport. U 82 B 154 ff
Federspiel, Thomas	Lidt om konkurrenceklausuler i funktionærkontrakter. J 71.249 ff
Gaarder, Karsten	Erstatningsregler i norsk immaterial- og konkurranserett. NIR 1968.245 ff
Grønfors, Kurt	Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler. JFT 89.317ff
Hansen, Holger	Om aftalelovens § 36. Justitia 3/1980
Hansen, R.W.	Ekonomiska incitament för läkemedelsinnovation. NIR 88.505 ff
Jacobi, Adam	Fogedforbud, særlig i patenttvister. U 68 B 47 ff
Jørgensen, Stig	Aftalelovens § 36 - 10 år. J 86.118 ff
-	Er der behov for en generalklausul i formueretten? JFT 77.7
-	Svar til højesteretsdommer Spleth. U 1974 B 365ff

Koktvedgaard, Mogens -	Det ophavsretlige sanktionssystem. J 66.49 ff Skydd for varuutstyrsel - debatindlæg. NIR83 . - 513ff
Lauridsen, Preben Stuer	Et erstatningseksempel fra patentretten. U 85 B 300 ff
Lund, Claus Kenneth	Den specielle konkurrenceklausul - konvention- albod. Revision og Regnskabsvæsen 1989 nr. 3 s. 28ff
Lund, Torben -	Forholdet mellem konkurrencelov og speciallov indenfor eneretsområdet. NIR 58.43 ff Vilket skydd åtnjutar tekniska ritningar (diskus- sionsindlæg). NIR 1953.161ff
Lyngsø, Preben	Formuerettens generalklausuler - nogle be- mærkninger i anledning af et lovforslag. J 1974.493ff
Madsen, Palle Bo - - -	Loyalitetskrav i kontrakts- og konkurrenceret- ten. U 82 B 165 ff Om samspillet mellem aftalelovens § 36 og mar- kedsføringslovens regler. U 80 B. 117 ff Om beviskrav ved indgåelsen af økonomisk be- tydningsfulde aftaler. U 87 B 256 ff Privat retsstiftelse - om kontrakt og delikt. TfR 86.597 ff
Meyer, Karsten	Konkurrenceforbud og tavshedspligt. U 12 B 105ff
Munch, Mogens	Know how og arbejdskraftens frie bevægelighed. U 81.45 ff
Palmgren, Gunnar	Kan borgenär fordra skadestånd utöver beloppet av utfäst avtalsvite? JFT 37.766 ff
Plesner, Mogens -	Om fagedforbud i immaterialretssager. NIR 81.18ff Forbud, erstatning og straf for indgreb i indu- strielle rettigheder - med hovedvægten på pa- tentindgreb. NIR 86.367 ff

Posner, Bernhard J.	Konkurrenceklausuler i funktionærkontrakter. Revision og Regnskabsvæsen 1971.451 ff
Povlsen, Jan	En lidet påagtet klausul. Advokatbladet 1978 nr. 24 s. 365 ff.
Rasmussen, Børge	Nyere domme om konkurrencelovens § 15 ("Generalklausulen") J 1964.385ff
Raaschou, Hans	Har konkurrenceklausuler mellem ansatte revisorer og deres arbejdsgivere nogen praktisk betydning. Revisorbladet 1985 nr. 6 s. 28 ff
Satz, Margot	Konkurrenceklausuler i engelsk og dansk ret. TfR 47.537 ff
Spleth, P.	Angående udkastet til en ny formueretlig generalklausul. U 1974 B 245ff
Taxell, L.E. -	Jämkning av avtal. JFT 84.606 ff Om avtalsetik. JFT 79.487 ff (Festskrift til Curt Olsson)
Tiili, Virpi	Skydd för varuutstyrsel enligt mönster rättslagen, varumärkeslagen och konkurrensrätten. NIR 83.173 ff

DOMSOVERSIGT - Ugeskrift for Retsvæsen

U 1916.58 HD	- s. 196
U 1917.319 - Drejebænke	- s. 42
U 1918.357 Vld	- s. 206
U 1918.564 Shd - Formaldehyd	- s. 150, 222
U 1920.259 Shd - Formaldehyd	- s. 150, 222
U 1920.888 HD - Formaldehyd	- s. 150, 163, 222
U 1921.200 Shd	- s. 63, 204, 205
U 1923.719 Øld	- s. 201, 203
U 1925.445 Shd	- s. 196
U 1925.987 Vld	- s. 53
U 1926.469 Øld - Købmand	- s. 124, 201, 203
U 1928.229 Shd	- s. 205, 265
U 1929.211 Shd	- s. 263
U 1929.684 HD - Skibsmægler	- s. 52, 59, 124, 127, 145, 147, 203, 205, 269
U 1930.246 HD - Piskefløde	- s. 37, 43, 155, 166, 168, 222
U 1930.267 HD - Salgsagent	- s. 123, 127, 266, 268
U 1931.775 Øld - Trifolium	- s. 41, 66, 150, 222
U 1931.1108 Øld	- s. 63, 196, 216
U 1932.269 HD - Hotelporcelæn	- s. 125
U 1933.186 Øld	- s. 117
U 1933.971 Øld - Værkfører	- s. 171, 175, 211, 216, 225, 254
U 1933.1065 HD	- s. 125
U 1934.145 Vld - Stålvinduer	- s. 171, 175, 254, 265
U 1935.786 Vld - Nykøbing Mors	- s. 124, 201, 203
U 1936.560 Shd - forretningsfører	- s. 146, 147, 264
U 1937.322 HD - salgschauffør	- s. 45, 63, 68, 123
U 1937.397 Øld - ekspeditrice	- s. 63, 226
U 1937.540 Shd - Mel	- s. 63, 204, 250, 265, 268
U 1937.1162 Øld	- s. 206
U 1938.184 Øld - RFI A/S	- s. 196, 198
U 1939.226 Shd	- s. 145
U 1939.324 HD - Asurandør	- s. 68, 115, 214
U 1939.622 Vld	- s. 117
U 1939.819 HD - Pedershåb	- s. 81
U 1940.1117 Vld	- s. 65
U 1942.94 HD	- s. 36, 173, 222
U 1942.316 HD	- s. 201
U 1942.644 Shd - Farvemøllen	- s. 171, 175, 254
U 1946.249 HD - Prokurist	- s. 145, 147, 203, 205, 218, 266
U 1946.1003 Øld	- s. 269
U 1948.975 Øld	- s. 127, 129, 198
U 1948.1363 Shd - jernstøberi	- s. 42, 188

U 1950.155 HD - The Surge milker	- s. 91
U 1950.929 Shd	- s. 115, 222
U 1951.870 Shd - Amager	- s. 269
U 1953.707 HD - Vridemaskine	- s. 87, 93
U 1953.981 Shd - Salgschauffør	- s. 117, 120, 216
U 1955.223 HD - Tilskærer	- s. 60, 171, 175, 237, 254
U 1955.765 HD - Æggebakker	- s. 91
U 1955.790 HD	- s. 49
U 1956.237 HD - Brødskæreren	- s. 80
U 1957.592 Shd - Gummistøvler	- s. 52, 63, 226, 268
U 1957.805 Shd - Hæftemaskine	- s. 83, 86, 95, 98
U 1958.674 Shd - Flash	- s. 115, 121, 141, 173, 188, 216
U 1959.965 Shd - Stålrørsreolerne	- s. 87, 90, 100
U 1960.63 HD	- s. 92
U 1960.236 Vld - Vandanalyse	- s. 150, 222
U 1960.417 Shd - Budcentral	- s. 117
U 1960.766 Shd - Cykelstøtten	- s. 80
U 1960.1042 HD - Fiskefilet	- s. 88, 91, 217
U 1961.46 HD - Lego	- s. 79, 86, 95, 102
U 1961.309 Shd - Luxo lampen	- s. 93
U 1961.979 Shd - Salt og Peber	- s. 89, 100
U 1961.981 Shd - Plasticmus	- s. 84
U 1961.1027 HD - Spisebestik	- s. 78, 80
U 1962.252 Shd	- s. 201
U 1962.259 Shd - Værkfører	- s. 146, 147, 171, 176, 204, 205, 236, 237, 265, 268
U 1962.704 Vld	- s. 201
U 1963.49 HD	- s. 216
U 1963.338 Shd - Formulartryk	- s. 236
U 1963.495 HD	- s. 256
U 1963.582 HD - Bilwinco	- s. 66, 93, 118, 138, 139, 140, 156, 162, 189, 217, 222
U 1963.725 Shd	- s. 264
U 1963.782 HD	- s. 186, 187
U 1964.484 Øld	- s. 216
U 1964.533 SHD - Gram	- s. 123, 127, 204, 205, 218, 250, 268
U 1965.126 HD - Cirkus Buster	- s. 138
U 1965.384 HD	- s. 72
U 1965.468 HD	- s. 186, 187
U 1965.530 Vld - Møbelstof	- s. 13, 83, 86, 187
U 1965.628 HD	- s. 65, 264
U 1965.830 Shd - Murpløkke	- s. 105
U 1966.159 Shd - Blomsterranke	- s. 78
U 1966.829 HD - Styrolit	- s. 92, 141, 150
U 1967.933 Vlk - Flygtpumper	- s. 61, 125, 174, 175

U 1967.940 Vld - Merrild	- s. 201, 268
U 1968.50 HD - Donatzsky	- s. 113, 117
U 1968.117 Shd - Melitta	- s. 171, 175, 175, 216, 245
U 1968.189 Øld - Tema lampen	- s. 11, 84
U 1968.576 HD - Reska	- s. 88, 100, 101, 141, 156, 162, 168
U 1968.685 Øld - Depot	- s. 50, 125
U 1968.785 HD - Unika	- s. 97
U 1968.911 Shd - Repræsentant	- s. 59, 61, 123, 124, 143, 147, 227, 268
U 1968.932 Shd - Malkespendene	- s. 11, 84
U 1969.171 HD	- s. 65, 264
U 1969.587 Shd - Nordia Dan	- s. 42, 88, 91, 93, 100
U 1970.502 HD	- s. 65
U 1970.576 Øld	- s. 60, 127, 129, 204
U 1971.61 HD	- s. 216
U 1971.367 Ølk - Sauer	- s. 107
U 1971.408 HD	- s. 122
U 1972.41 HD	- s. 72
U 1972.345 HD	- s. 256
U 1972.369 HD	- s. 201, 256
U 1972.449 Øld - Varmetæpper	- s. 61, 123, 126, 127, 204, 218, 228, 250, 264
U 1972.494 Øld	- s. 119
U 1972.559 HD	- s. 201
U 1972.702 HD - Würth	- s. 65, 123, 204, 205, 218, 234, 250, 264, 268
U 1972.1028 Shd - afdelingsleder	- 146, 147, 204, 218
U 1973.235 Ølk	- s. 59
U 1973.319 HD - Speditør	- s. 59, 124, 145, 147, 233, 235, 236, 265, 269
U 1973.688 HD	- s. 61, 118
U 1973.690 HD	- s. 265
U 1973.799 SHD	- s. 264
U 1974.101 HD	- s. 264
U 1974.294 HD - Sauer	- s. 61, 107, 110, 111, 128, 143, 146, 171, 175, 204, 205, 229, 233
U 1974.463 HD - Blomin	- s. 17, 38, 79, 89, 91, 97, 103, 139, 140, 152, 162, 167, 189, 217, 222
U 1974.873 Shd	- s. 65, 264
U 1974.944 Øld	- s. 216
U 1974.952 Øld	- s. 138
U 1975.441 Vld	- s. 205
U 1975.1014 Øld - Winblad	- s. 185

U 1975.1049 HD - Dancom	- s. 17, 37, 66, 152, 154, 156, 160, 165ff, 188, 189, 215, 216, 222, 252, 254
U 1976.408 Vld	- s. 216
U 1976.572 Shd	- s. 216
U 1976.813 Shd - Canada	- s. 52, 59, 123, 127, 197, 205, 218, 228, 236, 237, 250, 259, 265, 267, 268
U 1977.152 HD	- s. 265
U 1977.559 Shd - NTAS	- s. 124
U 1978.298 Shk	- s. 166
U 1978.305 Shd - Plantefibertablet	- s. 137, 140, 149, 166, 188
U 1978.321 HD - Chefkonsulent	- s. 59, 61, 107, 109, 110, 111, 122, 126, 143, 169, 173, 204, 227, 233, 263
U 1978.326 HD	- s. 65, 264
U 1978.337 HD - Transformatorkasse	- s. 78, 81
U 1978.546 Shd - Rillestavene	- s. 91
U 1978.944 Shd - Glasfiberjolle	- s. 84, 186
U 1979.212 Vld	- s. 59, 60, 61, 129, 261
U 1979.248 Øld - Winblad	- s. 185
U 1979.277 Shd - Lampetter	- s. 83, 86
U 1979.339 HD - Kijafa	- s. 103
U 1979.588 Shd - Silva 35'	- s. 81, 95, 137, 188
U 1979.603 Shd - Shakerstellet	- s. 11, 82, 84, 89, 141
U 1979.844 Shd - Jacoform	- s. 79, 102
U 1979.931 Øld	- s. 15, 61, 196
U 1979.1079 Øld	- s. 65
U 1980.107 HD	- s. 141
U 1980.259 Vlk	- s. 217
U 1980.578 Shd - Atka	- s. 90, 100, 102, 189
U 1980.604 Shd - Nordfyns vejviser	- s. 81, 216
U 1980.609 Shd - Bor	- s. 85, 102
U 1980.717 HD - Krøyer	- s. 43, 120, 154, 155, 156, 157, 160, 168, 174, 211, 215, 216, 252, 254
U 1981.46 HD - Maxi	- s. 79, 81, 86, 94, 105, 186
U 1981.501 Shd - Fodbolde	- s. 80
U 1981.506 Shd - Damstahl	- s. 50, 59, 125, 146, 234, 251
U 1981.731 Vld - Slidbanedæk	- s. 61, 108, 109, 110, 122, 126, 143, 144, 169, 173, 175, 205, 225, 227, 233, 269
U 1981.946 HD - Marmorbordene	- s. 96, 216
U 1982.4 HD - Søren Jacobsen	- s. 91, 138, 140
U 1982.69 HD	- s. 105
U 1982.101 HD	- s. 265

U 1982.590 HD - Bentamin	- s. 94, 100, 104, 113, 185, 186
U 1982.635 Shd	- s. 113
U 1982.646 Shd	- s. 216
U 1982.987 Shd - Skovmandsglasset	- s. 80
U 1982.1081 HD - Søjlebordet	- s. 13, 82, 84, 94
U 1982.1149 Shd - Rulletransportbånd	- s. 17, 38, 42, 43, 90, 100, 102, 152, 163, 165ff, 189, 211, 214, 217
U 1983.105 HD - Slipmiddel	- s. 38, 42, 66, 72, 89, 91, 116, 121, 141, 152, 156, 158, 160, 163, 166ff, 254, 273
U 1983.147 HD - Absalon	- s. 104
U 1983.157 HD - Boll og Kirsch	- s. 52, 59, 60, 108, 110, 111, 122, 126, 129, 169, 170, 203, 205, 233, 246, 250, 252, 261, 267, 275
U 1983.164 HD	- s. 108
U 1983.559 Shd - Roche	- s. 42, 65
U 1983.588 Shd - GULD	- s. 124, 228, 263
U 1983.852 Shd - Parker	- s. 104,
U 1983.854 Shd - Arkivsystem	- s. 85, 102
U 1983.923 HD - DOMI	- s. 105
U 1983.970 Ølk	- s. 215
U 1983.980 Øld	- s. 217
U 1983.1074 Shd - L'oréal	- s. 86, 104, 105, 186, 187
U 1984.444 HD - Maxi	- s. 186
U 1984.567 Shd - USSC	- s. 86, 87, 91, 216
U 1984.632 Vld	- s. 215
U 1984.813 B	- s. 127, 130, 131, 134
U 1984.917 Shd	- s. 142, 228
U 1984.1114 Shd - Klorin	- s. 103
U 1984.1122 Shd - Arnoldi	- s. 138, 140
U 1985.300 Shd	- s. 113
U 1985.389 HD - Galten vejviser	- s. 81, 86
U 1985.600 HD - Renseri	- s. 50, 125, 201
U 1985.839 Shd - Søren Jacobsen	- s. 91, 138, 140
U 1985.1087 Shd - Stjernemobiler	- s. 83, 86, 186
U 1986.39 HD - Sit/Ribbon	- s. 91
U 1986.190 HD - PT bøger	- s. 65, 186, 264
U 1986.268 Shd - Ceolein	- s. 41, 43, 152, 156, 159, 163, 166ff, 184, 186, 188, 215, 254
U 1986.272 Shd	- s. 138
U 1986.782 HD - O.H.Miljø	- s. 65
U 1986.782 HD - Occo Danmark	- s. 265
U 1987.240 Shd - Strecker	- s. 83, 86
U 1987.543 Shd - Pia Holten	- s. 61, 143, 144, 147, 188, 214, 227, 228, 267

U 1987.732 Shd - Avalon	- s. 104
U 1987.830 HD	- s. 65, 240
U 1988.101 HD	- s. 93
U 1988.214 Vld	- s. 144, 147, 205, 233, 236, 251
U 1988.264 Shd	- s. 93
U 1988.570 Shd - Møbelagenten	- s. 93, 98, 116, 186, 187, 246, 261
U 1988.775 Shd - Gilleleje Signal	- s. 79, 83, 86, 185, 187, 214
U 1988.983 HD	- s. 93
U 1988.1061 HD - Nejstgaard og Vetlov	- s. 61, 124, 127, 129, 204, 218, 261, 267, 275
U 1989.325 Shd - Gori	- s. 182
U 1989.93 Ølk	- s. 214
U 1989.194 HD	- s. 65
U 1989. 672 HD	- s. 222
U 1990.67 HD	- s. 205, 268, 276
U 1990.161 HD - Jeva	- s. 79, 83, 86, 95
U 1990.327 Shd	- s. 216
U 1990.529 HD	- s. 116
U 1991.10 HD	- s. 93, 116, 246
U 1991.22 HD - Gubi	- s. 102, 105
U 1991.378 HD	- se utrykt Shd 'Dansk Maltcentral'

SØ - HANDELSRETS DOMME - UTRYKTE

Salgschauffør-kaffe	- sag H 74/1972 af 14/6-73 -	s. 123, 126, 204, 228, 228, 268
Sølvsliberi	- sag H.S. 76/1973 af 15/2-74 -	s. 203
I/S Revision	- sag H 39/78 af 13/3-79 -	s. 125
Domino Stilladser	- sag F 505/1982 af 29/9-82 -	s. 146, 236, 237, 250, 251
Asfalt maskiner	- sag H 592/1982 af 5/4-84 -	s. 4, 81, 92, 151, 176
Pilvad	- sag F 98 og F 517/1981 af 18/4-83 -	s. 108, 110, 111, 122, 188, 198, 202, 205, 206, 235
Ejendomsmægler	- sag F 172/1983 og F 24/84 af 6/3-85 -	s. 127, 197, 204, 228, 249
Cinas, se U87.830 HD	- sag F 7/1984 af 25/3-85 -	s. 118, 120, 121, 249
Peer Honoré A/S	- sag H 124/1984 af 18/2-86 -	s. 197
Fjernvarmeteknik	- sag KP 6/1984 af 16/4-86 -	s. 119
Lastbilteknik	- sag H 524/1985 af 16/6-86 -	s. 59, 118, 121, 188, 249
Standard Systemer	- sag H 131/1985 af 7/7-86 -	s. 60, 107
Plejehjemsseng	- sag H 96 og H 97/1984 - 22/4-87	s. 84
Modeskafte kam	- sag H 173/1985 af 29/4-87 -	s. 84
Aalborg Hydraulic	- sag H 592/1984 af 6/5-87 -	s. 89, 114, 160, 163, 188
Gourmet Grill	- sag H 548/1985 af 7/5-87 -	s. 75, 185, 187
Bagerienzymer	- sag H 620/1983 af 22/6-87 -	s. 72, 152, 157, 166, 176, 189, 252, 254
Mercuri institut	- sag H 536/85 af 31/7-87 -	s. 188
Dan Bouquet	- sag H 162/87 af 1/6-88 -	s. 125, 146, 201
Vagtselskabet Danmark	- sag H 126/87 af 17/6-88 -	s. 117, 120, 216
Agentur	- sag F 18/1988 af 12/5-89 -	s. 125, 253, 269
Dansk Malt Central	- sag F 12/1988 af 30/6-89 -	s. 65
Se U 91.378 HD		
Sugemundstykke	- sag H 408/87 af 21/11- 89 -	s. 78, 83, 216
Kroken	- sag H 404/1988 af 20/12 - 89 -	s. 79, 85, 186, 187
Unique Expo	- sag H 2/89 af 31/7 - 90 -	s. 49, 61

ØSTRE LANDSRETS DOMME - UTRYKTE

Tapetvarer	- 13. afd. a.s.nr. 172/85 af 6/2-86 -	s. 123, 125, 126, 197, 218, 228, 241, 246, 250, 268
Revisorer	- 4. afd. a.s.nr. 163/1976 af 4/5-77 -	s. 127, 130, 204
Rose A/S	- 8. afd. kære nr. 272/1976	

af 10/11-76 - s. 196

EF - DOMSTOLENS DOMME

Nutricia - dom af 11/7-85 i sag 42/84 - s. 244, 258

EF - KOMMISSIONENS AFGØRELSE

Reuter - EF-T L 254/40 af 17/9-76 - s. 244, 246, 258

Nutricia - EF-T L 376/22 af 31/12-83 - s. 246, 258

SØ OG HANDELSRETS TIDENDE

Sht 52.128 - Nordisk Plaster - s. 150

Sht 53.63 - den afdødes medhjælper - s. 118

Sht 53.164 - Nordisk Flaskegas - s. 90

Sht 56.161 - Teknobilene - s. 89

Sht 62.35 - Alufolieholderne - s. 97

Sht 62.285 - Formulartryk (U 63.338 Shd) - s. 63

NORDISKT IMMATERIELT RÆTSSKYDD - NIR

NIR 50.194 - Tryksmørekande - s. 89

NIR 69.281 - s. 83, 84, 86

NIR 1984.76 Shd - Broderi - s. 11, 82

NIR 1985.332 - Købmandsfigur - s. 82, 214

NIR 86.86 - Simri (U 81.61 HD) - s. 91

STIKORDSREGISTER

Aftalefrihed	s. 45f, 56ff, 243
Aftaler, mundtlige	s. 45
Agenturgivere	s. 117ff
Analyse	s. 38, 66, 162ff
- (Se også Hemmelighed)	
Ansættelse overfor etablering	s. 152ff, 165, 226ff
Berigelse	s. 188
Betroelse	s. 41, 62, 126, 142ff, 147, 175f, se Kap. 12
Emballage	s. 103f
Erhvervsdrivende	s. 57, 201ff, 255ff
- (Se også Urimelighed)	
Erhvervsfrihed	s. 25ff, 34, 150
Erhvervshemmeligheder	s. 30f, 269, 271f, Se kap. 6.
- (Se også Hemmelighed)	
- begreb	s. 35ff
- indhold	s. 149ff
- tidsmæssig udstrækning	s. 246f, 251ff
Erstatningsansvar	s. 7, 14, 193f, 216, Se kap. 8.
- produktbeskyttelse	s. 99, 110
- kunderelationer	s. 121, 127
- internt kendskab	s. 138f, 147
- erhvervshemmeligheder	s. 166, 174f
Farver	s. 105
Forbud, herunder fagedforbud	s. 61, 177ff, 272f, Se kap. 10
- produktbeskyttelse	s. 99, 110
- kunderelationer	s. 120f, 126
- internt kendskab	s. 140, 146f
- erhvervshemmeligheder	s. 156ff, 166ff, 175
Formålsbundethed	s. 80f
Generalklausul	se Urimelig - § 36 eller God markedsføringskik
Geografisk udstrækning	s. 177ff, Se kap. 16.
God Markedsføringskik	s. 3, 26ff, 30, 31ff
- (Se også produktbeskyttelse)	
Hemmelighed	s. 38f, 151, 162ff, 173f, 184, 217f
- (Se også Analyse)	
Hemmeligholdelsesklausuler	s. 71f, 173f
Hæleri	s. 42
Internt Kendskab	s. 133ff, Se kap. 5.
Know how	s. 36
Konkurrenceklausuler - baggrund	s. 69ff, 106ff, 122ff, 141ff, 168ff, 195ff

Konkurrenceklausuler - faglig interesse	s. 51, 53f, 236f, 242ff
- personlig forpligtelse	s. 125
- samspil med markedsføringsloven	s. 71, 73ff, 169ff, 244ff, 263f
- rimelighed	s. 276ff
- økonomisk interesse	s. 51, 52ff, 231ff, 241ff
Konkurrencelov	s. 22ff, 25, 244f, 257ff
Kontraktsforhold	s. 12ff, 15ff, 137
- (Se også Loyalitetspligt)	
- (Se også Produktbeskyttelse)	
Konventionalbod	s. 44, 127, 189, 273, Se kap. 9
- fortolkning	s. 195ff
- kumulation	s. 196ff
- maximum	s. 204ff
- overfor erstatningsansvar	s. 198ff
- tab	s. 202, 205f
Kundeklausuler	s. 59f, 128ff
Kunderelationer	s. 245, 249f, 268, Se kap. 4.
Købergruppe	s. 80
Ledelsesbeføjelser	s. 109, 143ff, 175
Leveringsvanskeligheder	s. 81, 94
Loyalitetspligt	s. 64ff, 77ff, 114ff, 187ff, 211ff, 271ff
- (Se også Kontraktsforhold)	
- produktbeskyttelse	s. 77ff
- kunderelationer	s. 114ff
- internt kendskab	s. 137ff
- erhvervshemmeligheder	s. 152ff
Markedsforstyrrelse	se Erstatningsansvar
Markedsføringsforanstaltninger	s. 100
Medvirken	s. 138 ff
Misligholdelse - ansættelsesforhold	s. 233
- konkurrenceklausul	s. 234 og kap. 3 - 6.
Naturalii Negotii	s. 68
Oprindelige kvalifikationer	s. 3, 66, 149ff, 229, 243
Opsigelse	s. 53, 60f. Se kap. 15
- af konkurrenceklausul	
Patent	s. 35
Produktbeskyttelse	s. 250, Se kap. 3.
- forveksling	s. 78ff
- kontraktsforhold	s. 87ff, 96ff
- identitet	s. 75ff, 162ff
- substitutionsmuligheder	s. 114
Præstationskonkurrence	se God markedsføringsskik
Præventiv effekt	s. 181ff, 193, 201, 206f, 209
Retsstridighed	s. 8ff, 93ff, 111, 117, 223, se kap. 1
Revisorer	s. 59, 128ff

Samarbejdsvanskeligheder	s. 263, 265f
Salgsingeniør	s. 106ff
Specialisering	s. 1, 152ff, 252
Stillingsbetegnelse	s. 143, 228
Straf	s. 182, Se kap. 11
Subjektive forhold	s. 10ff, 31ff, 82ff, 139, 174f
Sælgerne	s. 122ff
Tab	se Erstatningsansvar eller Konventionalbod
Tekniske tegninger	s. 31, 39f
Tidsmæssig udstrækning	s. 155, 161, 167, 256f, 279, Se kap. 14.
- maximum	s. 252ff
Tillidsforhold	s. 67, 69ff
Urimelig - aftalelovens § 36	s. 44, 56ff, 199ff, 261
Vederlag	s. 52, 63f, 242, 278, Se kap. 13.
- betalingstidspunkt	s. 237
Virksomhedsoverdragelse	s. 244, 255ff
Værneting	s. 178f