

Beskyttelse af fortrolige oplysninger ved konventionalbod

English title: The Protection of Confidential Information by Contractual Penalty



**Copenhagen
Business School**
HANDELSHØJSKOLEN

Udarbejdet af

Andreas Holmstrøm Sørensen

Vejledere

Professor Henrik Lando, Juridisk Institut ved Copenhagen Business School

Professor Peter Møgelvang-Hansen, Juridisk Institut ved Copenhagen Business School

Cand.merc.(jur.)

Kandidatafhandling i erhvervsøkonomi og erhvervsjura

Copenhagen Business School, januar 2013

Kandidatafhandlingen opfylder studienævnets krav til omfang, idet den udgør 179.526 anslag, hvilket svarer til 79 sider á 2.275 satsenheder inkl. mellemrum. Maksimum er 80 sider.

Abstract

The thesis aims to analyze the application of the contractual penalty in connection with a duty of confidentiality agreed by professional parties. The legal focus is primarily on the Danish legal rules and the existing Danish law and secondly on the interpretation of the Draft Common Frame of Reference, while the economic focus is on the theory of law and economics and behavioral science.

The thesis analyses the need for contractual protection of confidential information in excess of the legal protection provided by the Danish general law of contractual damages, with a focus on the nature of business confidence and defective enforcement by the judicial system. The law and economic analysis explores the rationales for a contractual penalty with regard to risk sharing and reliance decisions as well as to provide incentives in order to induce efficient ex ante investment and ex post trade and to prevent breach. The result is that a punitive penalty clause is efficient.

The analysis of the existing Danish law in regard to a penalty clause with a punitive nature demonstrates that the conditions and amount of the penalty must be modified in order to be enforced by law, and that the Marketing law rule of due monetary consideration is insufficient to protect business confidence and to ensure efficiency. The starting premise of the Draft Common Frame of Reference is that a punitive penalty is enforced to a larger degree than by Danish law but it is contingent on the choice of forum.

The theory of behavioral science is applied on the efficient utilization of the penalty and the findings on existing Danish law and the DCFR. The analysis demonstrates that the necessary legal modifications of the penalty are to a certain degree coherent with a de facto efficient penalty, when due consideration is taken to the decision maker's cognitive biases and bounded rationality.

The outcome is a concrete recommendation including a draft of a non-disclosure agreement.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1. Problemstilling	5
1.1. Indledning	5
1.2. Case beskrivelse	9
1.3. Synsvinkel	12
1.4. Problemstilling	13
1.5. Struktur	14
1.6. Juridisk metode og afgrænsninger	17
1.7. Økonomisk teori, metode og afgrænsninger	21
Kapitel 2. Samlet analyse	25
2.1. Konventionalboden	25
2.1.1. Aftalerettens generalklausul	25
2.1.2. Konventionalbodens formål	26
2.1.3. Behov for konventionalbod ved fortrolige oplysninger	28
2.2. Risikoallokeringshensyn ved konventionalbod	34
2.2.1. Fordeling af risici ved misligholdelsesbeføjelser	34
2.3. Investeringshensyn ved konventionalbod	39
2.3.1. Estimering af konventionalbodens værdi	39
2.3.2. Økonomisk optimale kontraktboder	41
2.3.3. Dansk retspraksis og den optimale kontraktbod	46
2.4. Fortrolighedspligt og pønalt konventionalbod	51
2.4.1. De fortrolige oplysninger	51
2.4.2. Markedsføringslovens beskyttelse af fortrolige oplysninger	57
2.4.3. De relevante hensyn ved dansk ret	63
2.4.4. De relevante hensyn ved DCFR	72
2.5. Adfærdøkonomi og begrænset rationalitet	78

2.5.1. Kontrakt- og adfærdsøkonomi.....	78
2.5.2. Begrænset rationalitet og standardvilkår.....	87
2.6. Sammenfatning.....	92
2.7. anbefaling til Virksomheden.....	100
2.7.1. Indstilling.....	100
2.7.2. Fortrolighedserklæring.....	100
Kapitel 3. Samlet konklusion.....	103
3.1. Konklusion.....	103
Forkortelser.....	107
Litteraturliste.....	108
Henvisninger til love og andre retsforordninger mv.....	111
Doms- og afgørelsesregister.....	112
Bilag.....	115
Bilag A. Vurdering af dansk retspraksis ved konventionalbod i erhvervsforhold.....	115

Kapitel 1. Problemstilling

1.1. Indledning

Konventionalboden kan identificeres i forskellige former og funktioner i vores samfund, og dens anvendelse repræsenterer kernen i såvel økonomisk teori som i de juridisk beskyttede hensyn. Boden anvendes bl.a. i erhvervsaftaler i forskellige former fx ved dagbøder i forhold til forhåndsdefinerede milepæle, og i forskellige kvasi-aftaler fx ved parkeringsanlæg og offentlig transport i form af afgifter ved manglende gyldig billet.

Bodens berettigelse udgør en interessekonflikt mellem samfundets retfærdighedsnorm og den økonomisk efficiens. Dette sammenstød betyder, at der sker et skifte i vægningen af henholdsvis den ene eller anden interesse, alt efter de konkrete omstændigheder for bodens anvendelse. Der er derfor ikke én fast praksis for konventionalbodens betingelser og betalingens størrelse.

Denne afhandling udforsker betydningen af samfundets retfærdighedsnorm på de økonomiske begrundelser for at anvende en konventionalbod i erhvervsaftaler.

I erhvervsaftaler er konventionalboden et alsidigt kontraktinstrument, der kan styre de forskellige pligter ved en transaktion, samt selve relationen mellem parterne og deres adfærd. En aftale kan indeholde flere kontraktuelle pligter, der skal sikre at parternes væsentlige parametre opfyldes ved transaktionen, såsom en rettidig præstation, et ensartet kvalitetsniveau, en øget samarbejdsvilje, adgang til kompensation, en integrativ adfærd osv.

Afhandlingen fokuserer på konventionalbodens anvendelse til at sikre hemmeligholdelse af fortrolige oplysninger, herved hensyn til allokering af parternes risici og et incitamentet til transaktionsspecifikke investeringer. Dertil behandles betydningen af kognitive biaser og begrænset rationalitet på anvendelsen af bodsbetaling ved fortrolige oplysninger.

At boden faktisk anvendes i erhvervslivet baseres på dansk retspraksis og akademisk litteratur, men det faktiske omfang af bodens anvendelse dokumenteres ikke empirisk. Der udvælges dansk retspraksis som det empiriske grundlag, og det er herved interessant om man kan vurdere den optimale anvendelse af konventionalboden i erhvervslivet med baggrund i rets- og kontraktøkonomisk teori, herunder adfærdsøkonomisk teori.

Denne afhandling behandler kun anvendelsen af bodsinstrumentet ved en fortrolighedspligt, da denne pligt kan indeholde flere af de ovennævnte parametre i en transaktion såsom samarbejdsvilje, integrativ adfærd og økonomisk kompensation. Fortrolige oplysninger kan være af en sådan karakter, at der kan være et øget behov for et bodsinstrument sammenholdt med andre kontraktuelle pligter, hvilket bl.a. skyldes problemet med værdiopgørelse af en fortrolig oplysning.

Emnet for afhandlingen er; Konventionalbodens anvendelse ved en aftalt fortrolighedspligt.

Professionelle erhvervsdrivende kan have en berettiget interesse i både at beskytte deres erhvervshemmeligheder og at afholde deres samarbejdspartner fra at omtale konkrete emner til offentligheden, som ellers ikke er beskyttet ved lovmæssig tavshedspligt¹. Fortrolighedspligten behøver fx ikke kun at indeholde en præcisering af de erhvervshemmeligheder, der kan beskyttes ved markedsføringsloven.

Fortrolighed medfører et særligt dokumentationsproblem for de erhvervsdrivende, da en krænkelse af pligten kan være svær at identificere, og samtidigt er der ikke nødvendigvis et retligt beskyttet tab ved krænkelse af pligten. De væsentlige parametre, som ønskes opfyldt ved fortrolighedspligten, kan derved være svære at opnå, og parterne kan have et øget behov for at kompensere for verifikations- og værdiopgørelsesproblemetets konsekvenser ved brug af et bodsinstrument. Det

¹ Andersen. 2009. Praktisk Aftaleret II, s.253

optimale niveau for anvendelse af boden ved en fortrolighedspligt er ligeledes interessant pga. at der ikke nødvendigvis påføres et økonomisk beskyttet tab ved misligholdelse af pligten.

Den stringente metode ved de almindelige danske erstatningsregler for tildeling af erstatning indenfor kontrakt betyder, at modpartens brud på fortrolighedspligten ikke automatisk giver den erhvervsdrivende en kompensation for et opstået tab herved. Selv en konservativ opgørelse af det økonomiske tab kan nedsættes yderligere, såfremt den krænkede part ikke kan dokumentere at kravene om kausalitet og adækvans er opfyldt, hvorfor der som minimum er en vis usikkerhed ved at være fuldt afhængig af de almindelige erstatningsregler.

Viden om denne usikkerhed kan føre til opportunistisk adfærd for de parter, som har interesse i at bryde deres fortrolighedspligt, og i de tilfælde vil pligten ikke sikre opfyldelse af de ønskede parametre i transaktionen. Professionelle parter, der indgår i denne samme form for transaktioner i et stort omfang, og som tillægger deres fortrolige oplysninger en værdi, kan derved anvende en konventionalbod til enten at sikre en kompensation ved misligholdelse eller til at afskrække den anden part ved at tydeliggøre de økonomiske konsekvenser.

Denne afhandling har et teoretisk udgangspunkt med baggrund i den danske retspraksis, hvorfor det er en fiktiv sag, der undersøges. Sagen beskrives nærmere i afsnit 1.2. Konventionalboden er behandlet ved fagkurser på bacheloruddannelsen Ha(jur.) og kandidatuddannelsen Cand.merc.(jur.) ved Copenhagen Business School, samt ved et fagkursus ved University of Oregon School of Law. Fagkurserne giver udtryk for at konventionalboden er en kompleks problemstilling, uanset retssystem, hvor de særlige hensyn til erhvervslivet kontraktfrihed og samfundets retfærdighedsnorm skal vægtes på en hårfin knivsæg.

Den danske juridiske litteratur giver det indtryk, at den danske retstilstand vedrørende konventionalboden ikke er fastlagt på et specifikt niveau, ved domstolenes håndhævelse af en

fortrolighedspligt og ved unkladelsespligter generelt. De danske domstoles resultat afhænger af en konkret juridisk bedømmelse af de forskellige faktorer. Til sammenligning er afstraffende konventionalboder forbudt ved Amerikansk ret som et grundlæggende retsprincip. Dertil er konventionalboden genstand for rets- og kontraktøkonomisk litteratur om efficiens betragtninger mht. bodens optimale anvendelse og rationaler i sammenhæng med de almindelige misligholdelsesbeføjelser.

Både den juridiske og økonomiske litteratur fremhæver, at konventionalboden anvendes i et vist omfang i det professionelle erhvervsliv. Erhvervslivet må derved have den opfattelse, at konventionalboden kan have en positiv effekt for deres transaktioner, hvorfor denne afhandling undersøger, hvilke positive og negative effekter konventionalboden har på en transaktion, og i hvilket omfang den kan anvendes optimalt. Optimalt skal forstås henholdsvis som at kunne håndhæves i henhold til gældende ret og som økonomisk efficient i henhold til Pareto optimalitet.

Fordelene ved anvendelse af den teoretiske sagsfremstilling er primært, at der kan medregnes hensyn ved konventionalboden, som de fleste virksomheder bør tage stilling til ved estimering af boden ved en fortrolighedspligt. Problemstillingen og dens konklusion vil derved fremstå som et tænkt udgangspunkt for de relevante juridiske og økonomiske hensyn. Ulemperne er modsat, at de medregnede hensyn og konklusionen på problemstilling ikke kan anvendes af de fleste virksomheder, da de økonomiske rationaler og den gældende ret, afhænger af de konkrete forhold og empiriske data. Afhandlingen skal læses med disse fordele og ulemper in mente.

Titlen for afhandlingen er: Beskyttelse af fortrolige oplysninger ved konventionalbod.

1.2. Case beskrivelse

Opgaven skrives med udgangspunkt fra en privat juridisk konsulent med ekspertise i dansk- og europæisk kontraktsret, der skal levere en rådgivningsydelse til en privat dansk erhvervsvirksomhed (herefter Virksomheden) vedrørende anvendelse og koncipering af en konventionalbodsbestemmelse ved aftale om fortrolighedsforpligtigelse. Dette aftaleforhold skal primært vurderes efter gældende dansk ret ved aftaleloven § 36, og sekundært ved Draft Common Frame of Reference ved artikel III.-3:712 DCFR.

Konsulenten skal levere en fortrolighedserklæring til Virksomheden, der opfylder de hensyn og krav som beskrives nedenfor, og til umiddelbar anvendelse i Virksomhedens transaktioner. For at konsulenten kan rådgive den danske virksomhed oplyses der følgende nedenstående forhold, som også begrunder behovet for at indgå en fortrolighedsforpligtigelse med konventionalbod for Virksomhedens samarbejdspartnere.

Virksomheden kontraherer udelukkende med professionelle erhvervsparter, der enten er inkorporeret eller har deres primære forretningsområde i lande indenfor den europæiske union inklusiv Danmark. Det betyder, at aftaleforholdet primært skal håndhæves efter dansk ret, men at det også skal kunne håndhæves efter en generel europæisk privatret, hvorfor Virksomheden stiller krav om juridiske hensyn til Draft Common Frame of Reference.

Virksomheden har en stor økonomisk og strategisk interesse i at beskytte information om dens kerneforretning. Det skyldes primært, at man har oparbejdet en stor viden om det specifikke marked man agerer på og hvordan Virksomheden skal organiseres med særlige interne processer til at imødekomme fremtidige udfordringer. Derudover har det betydning for Virksomheden, at i så videst muligt omfang at kunne kontrollere den eksterne kommunikation til kunder,

samarbejdspartnere og samfundet generelt. Derved kan Virksomheden sikre ydelsens kvalitet, opretholdelsen af de eksisterende aftaler, og styre udviklingen af deres brand.

Fortrolighedspligtens omfang vil være bred, hvor den ikke kun vil omfatte virksomhedsinformation som tekniske tegninger, beskrivelser, opskrifter, modeller og lignende, der alle falder under markedsføringslovens definition på erhvervshemmeligheder². Pligten vil også inkludere information såsom kendskabet til samarbejdspartnere og leverandører, organisationsopbygning og ledelse, igangværende forhandlinger og potentielle kunder, produkt- og markedsstrategi, interne dokumenter og korrespondance. Den økonomiske værdi af disse fortrolige oplysninger vil variere grundet deres direkte henholdsvis indirekte indflydelse på faktorer, der kan medregnes i Virksomhedens regnskab.

Den økonomiske værdi af fortrolighedspligten er høj for Virksomheden ved de oplysninger, der vedrører produktbeskrivelsen, kundelister, prislister og overholdelse af persondataloven. Det skyldes, at en konkurrents kendskab til disse oplysninger vil kunne påføre Virksomheden et direkte tab ved mistet omsætning eller forhøjede omkostninger. Modsat er den økonomiske værdi lav ved de oplysninger, der vedrører Virksomhedens forretningsmodel, liste over samarbejdspartnere, vækststrategi, it-portal, retlige tvister, intern korrespondance, samarbejdets eksistens, og anden fortrolige information kommet til kendskab under samarbejdet.

Virksomheden ønsker at minimere såvel de juridiske- som de økonomiske risici ved udveksling af fortrolige oplysninger, og ønsker derfor at aftale om en fortrolighedspligt med betaling af bod ved krænkelse af pligten, dvs. en fortrolighedserklæring indeholdende både pligt og bod, med sine samarbejdspartnere og leverandører.

² Møgelvang-Hansen, Riis, og Trzaskowski. 2007. Markedsføringsretten, s.42

Fortrolighedserklæringen skal bl.a. anvendes ved hensigtserklæringer om fremtidigt samarbejde eller i forbindelse med due diligence ved en virksomhedsoverdragelse, hvor Virksomheden i begge tilfælde vil sikre sig, at den kan udlevere følsom information og at samarbejdspartneren investerer de nødvendige ressourcer i at undersøge fælles muligheder og behov. Åbenhed og troværdighed mellem parterne er fx en nødvendighed for at skabe en værdimaksimerende transaktion til begge parter³.

Derudover kan fortrolighedserklæringen også anvendes som et integreret afsnit i et samlet aftalekompleks om diverse ydelser, fx ved aftale om samarbejde af kortere eller længerevarende karakter. Disse former for samarbejde giver ligeledes modparten adgang til Virksomhedens følsomme information og der kan oparbejdes en form for insiderviden om kerneforretningen og de vigtigste ydelsesbehov. Det kan øge risikoen for misbrug ved modpartens opportunistiske adfærd bl.a. grundet truslen om moral hazard⁴ og hold-up problemet⁵.

Anvendelse af fortrolighedserklæringen begrundes derfor både af incitamentsrationaler såvel som at Virksomheden skal sikres en rimelig økonomisk kompensation, såfremt en af dens modparter vælger at misligholde og derved påfører Virksomheden et tab.

³ Raiffa, Richardson, og Metcalf. 2002. Negotiation Analysis, s.86

⁴ Postkontraktuel opportunistisme pga. partens ønskede adfærd ikke kan observeres, se definitionen i Milgrom og Roberts. 1992. Economics, Organization & Management, s.601

⁵ En relationsspecifik investering der gør parten sårbar overfor en modparts mulighed for at afslutte samarbejdet, se definitionen i Milgrom og Roberts. 1992. Economics, Organization & Management, s.599

1.3. Synsvinkel

Denne afhandling skrives som en ekstern juridisk konsulent, og analyserne til løsning af problemstillingen anskues med en juridisk konsulents erkendelsesperspektiv. Den beskrevne situation er, at en virksomhed har tilknyttet en juridisk konsulent til at løse de konkrete problemstillinger og komme med en juridisk anbefaling. Der anvendes derved en subjektiv synsvinkel, hvor det er konsulenten, der anskuer og undersøger problemerne med baggrund i Virksomhedens behov.

De alternative synsvinkler, som kan tænkes at have givet afhandlingen en anderledes analyse og konklusion, kunne være; en part, der havde brudt en fortrolighedspligt; samfundet som selvstændig part; en forbruger. De alternative synsvinkler kunne have bidraget med et andet partshensyn, et samfundshensyn eller et forbrugerhensyn. Dette er ikke en udtømmende liste, og disse synsvinkler anvendes ikke i afhandlingen.

Den juridiske konsulents erkendelsesperspektiv anvendes på hele afhandlingen, hvorfor problemstilling og samlet konklusion er udtryk for denne synsvinkel. De alternative synsvinkler anvendes ikke.

1.4. Problemstilling

Afhandlingens problemstilling:

Hvordan skal en konventionalbod ved en fortrolighedspligt udformes mht. bodens betingelser og betalingens størrelse efter rets- og kontraktøkonomisk teori, og hvordan skal udformningen modificeres for at konventionalboden kan håndhæves ved dansk ret subsidiært ved Draft Common Frame of Reference?

Den samlede konklusion for afhandlingen besvarer denne problemstilling. Dertil er det nødvendigt at overveje følgende afledte- og sekundære problemstillinger, der i analyserne anvendes som styringsredskaber til besvarelse af problemstillingen. De nedenstående problemstillinger besvares ikke direkte, men fremgår implicit i analyserne og den samlede konklusion:

Hvilke kontraktøkonomiske rationaler kan begrunde en professionel virksomheds aftale om konventionalbod,

I hvilket omfang anvendes rets- og kontraktøkonomiske overvejelser i dansk ret ved vurdering af en konventionalbod,

Hvilken betydning har det for bedømmelsen af et kontraktforhold om konventionalbod, at der eksisterer væsentlige problemer med at opgøre et tab ved en fortrolighedspligt efter dansk rets almindelige erstatningsregler,

Hvilken betydning har markedsføringslovens bestemmelse om betaling af et rimeligt vederlag, ved krænkelse eller uberettiget udnyttelse i strid med loven, på anvendelsen af konventionalboden, og

Hvordan kan adfærdsøkonomi inklusiv kognitiv teori begrunde resultatet af bedømmelsen af konventionalboden ved dansk ret og den optimale anvendelse af konventionalboden.

1.5. Struktur

Denne afhandling indeholder én samlet analyse af problemstillingen, hvori der indgår en juridisk analyse, en økonomisk analyse og en kombinationsanalyse af de to fagdiscipliner. Der anvendes dansk aftaleret og obligationsret, europæisk privatret, samt videnskabelig litteratur omhandlende rets- og kontraktøkonomi og adfærdsøkonomi.

En skarp opdeling af fagdisciplinerne er ikke hensigtsmæssig til at løse den primære problemstilling, da emnet om konventionalbod ved fortrolige oplysninger befinder sig i spændingsfeltet mellem jura og økonomi. Den relevante juridiske og økonomiske teori er tæt sammenhængende, og dertil er det sjældent særlig hensigtsmæssigt at opdele en analyse ud fra de forskellige fagdiscipliner frem for den konkrete anvendelse.

Afhandling har derfor én samlet analyse, der indeholder de relevante juridiske og økonomiske aspekter, og der udledes én samlet konklusion inklusiv en anbefaling til Virksomheden. De juridiske og økonomiske discipliner kombineres og komplementerer hinanden i hele afhandlingen.

Den samlede analyse indeholder flere afledte- og sekundære problemstillinger, hvor overvejelserne ved disse delanalyser anvendes som en rød tråd frem til en samlet besvarelse af den primære problemstilling.

Der begynder med en indledning til den relevante danske lovgivning ved aftalelovens § 36 og de almindelige erstatningsregler, samt en beskrivelse af de særlige kendetegn ved en fortrolighedspligt og en konventionalbod. I forbindelse herved anvendes en artikel om virksomhedshemmeligheder og litteratur om kompensering for håndhævelsesfejl, der fremhæver behovet for en øget juridisk beskyttelse i form af økonomisk kompensation ved krænkelse af fortrolige oplysninger.

Den næste delanalyse omhandler parternes risikodeling ved misligholdelsesbeføjelser, hvor der fokuseres på anvendelsen af en konventionalbod til at allokere transaktionens risiko samt niveauet af tillid og afhængighed mellem parterne.

Den tredje delanalyse omhandler den optimale konventionalboder i sammenhæng med den danske retspraksis vedrørende konventionalboder i erhvervsforhold. Der fokuseres på hensynet til investeringsniveau, og hvordan en pønalt konventionalbod kan give incitament til at parterne foretager transaktionsspecifikke investeringer.

De første tre afsnit omhandler derfor de væsentligste juridiske og økonomiske hensyn, der er relevante for Virksomhedens anvendelse af en fortrolighedspligt og udformningen af konventionalboden. Dette er udgangspunktet for den konkrete juridiske analyse af fortrolighedspligten og konventionalbodens omfang og betingelser, og den efterfølgende adfærdsøkonomiske analyse.

Den fjerde delanalyse fokuserer på de relevante juridiske hensyn ved de konkrete fortrolige oplysninger, samt hvordan konventionalboden skal udformes mht. betalingens størrelse og betingelser for at den udløses. De juridiske hensyn er primært ved gældende dansk ret og dertil vurderes beskyttelsen af de fortrolige oplysninger i ved markedsføringsloven vederlagsregel. Dernæst vurderes konventionalboden ved DCFR, og der fremhæves de væsentlige fordele og risici ved lovvalg heraf.

Den femte delanalyse fokuserer på adfærdsøkonomisk teori og kombinationen af begrænset rationalitet og standard kontraktvilkår. Der anvendes artikler herom til at modificere de forudgående økonomiske analyser, samt til at forklare den gældende ret ved den konkrete juridiske analyse. Dette afsnit anvendes derved også som en opsamling og perspektivering af de forudgående analyser.

Denne opbygning giver mulighed for en samlet sammenfatning af alle delanalyserne, og at komme med en konkret anbefaling til Virksomheden, hvor der både tages hensyn til den relevante jura og de forskellige økonomiske rationaler. Sammenfatningen anvendes til at udarbejde en indstilling og en konciperet fortrolighedserklæring til Virksomheden. Resultatet er, at der findes en optimal fortrolighedserklæring med hensyn til gældende ret og økonomisk efficiens.

Afhandlingen sluttet med en samlet konklusion, der besvarer problemstillingen.

1.6. Juridisk metode og afgrænsninger

Den retsdogmatiske tilgang anvendes i de juridiske analyser til at beskrive gældende dansk ret, imens den europæiske civilret ved denne teoretiske metode kun beskrives kursorisk ved anvendelse af bogen Draft Common Frame of Reference (herefter DCFR).

Konklusionen på de juridiske delanalyser såvel som den samlede analyse udtrykker gældende dansk ret, dog med forbehold for de nedenstående afgrænsninger i retsfaktum senere i dette afsnit. Analysen er ikke et udtryk for en gældende fælles europæisk civilret, da dette ikke eksisterer, men DCFR er udtryk for de overordnede fælles principper, definitioner og modelregler i den europæiske civilret.

De primære retskilder vil være den danske aftalelov inklusiv senere ændringer og retsforskrifter, den danske markedsføringslov inklusiv senere ændringer og retsforskrifter, samt dansk retspraksis fra Sø- og Handelsretten, Landsretterne, og Højesteret. Den udvalgte retspraksis omhandler de nævnte domstoles vurdering af konventionalboden i erhvervsforhold, og særligt hvor boden vurderes i sammenhæng med en unkladelsespligt, konkret enten en hemmeligholdelsesaftale eller en konkurrenceklausul.

Størstedelen af denne retspraksis behandles ikke direkte i analysen, men anvendes som empirisk grundlag, hvor den juridiske analyse af dommernes begrundelse er foretaget og fremstår som fastlagt. Det er kun enkelte kendelser, der anvendes i et større omfang direkte i analysen, hvortil de har særlig relevans i forhold til sagsfremstilling og problemstilling.

Til fortolkning inddrages juridisk litteratur såsom fagbøger og offentliggjorte artikler, der vedrører unkladelsespligter, fortrolighedspligten, og konventionalboden. Dertil anvendes litteratur vedrørende de relevante forhold og hensyn ved konventionalbodens anvendelse og ræsonnement. Det er hovedsageligt litteratur af de danske professorer Mads Bryde Andersen og Bernhard

Gomard, som begge i stort omfang har behandlet kontrakt- og obligationsretten i Danmark, der anvendes.

Derudover anvendes Leong og Lengs artikel om kontraktretlig beskyttelse af virksomhedshemmeligheder, der fokuserer på Common Law landenes retspraksis ved beskyttelse af ejendomsretten og særligt behovet for beskyttelse af fortrolige oplysninger. Et problem, der er karakteristisk for fortrolige oplysninger, og derved kan artiklen anvendes til at fremhæve behovet for, at domstolene kan tilkende en væsentlig økonomisk kompensation til krænkede part ved misligholdelse af en fortrolighedspligt.

Leong og Leng artikel hverken kan eller vil anvendes som juridisk litteratur til at finde gældende dansk ret, men den beskriver problemet med at værdiansætte fortrolige oplysninger i sammenhæng med de traditionelle misligholdelsesbeføjelser. I denne sammenhæng anvendes også Thomas Riis' beskrivelse af håndhævelsesfejl vedrørende normative kriterier for udmåling af kompensation.

Analysen af den europæiske kontraktsret fokuserer på den europæiske privatretsbog DCFR og dens bestemmelse om konventionalbod ved bog III, kapitel 3, afsnit 7, paragraf 12 (art. III.-3:712 DCFR). DCFR bogen har ikke retskilde status i Danmark efter traditionel retskildelære, da den hverken er konciperet med det formål at være bindende eller ikke-bindende retlig regulering.

Bogen er udgivet af Europa Kommissionens afdeling for retlige anliggender og er et forsøg på at skabe et overblik og en vis harmonisering af de forskellige privatretlige regler i Europa, og med det formål på sigt at skabe en fælles europæiske privatret (Common Frame of Reference). DCFR bogen er en sammenskrivning af de civilretlige regler fra landene indenfor den Europæiske Union, og bogen er derfor relevant ved fortolkning af kontraktretlige problemstillinger, til at give et skøn over den gennemsnitlige vurdering ved de europæiske medlemslandes domstole.

DCFR er udarbejdet af to akademiske grupper, henholdsvis Study Group on a European Civil Code og Research Group on EC Private Law (Acquis Group), der begge er en del af netværket Joint Network on European Private Law (CoPECL)⁶. Til fortolkning af DCFR anvendes udelukkende fagbøger udarbejdet med tilknytning og særskilt formål hertil, sådan at den juridiske forståelse af DCFR komplimenteres med de økonomiske ræsonnementer og formål. Konkret er det litteratur fra gruppen Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules (Economic Impact Group), som hører under netværket CoPECL, der anvendes til den økonomiske forståelse af DCFR.

Analysen afgrænses til kun at vedrøre de forhold, der er beskrevet i Case beskrivelsen i afsnit 1.2, hvorfor elementer såsom markedsbeskrivelse, markedsposition og lignende forhold ikke har indflydelse på analysen og dens konklusion.

Desuden begrænses de juridiske spørgsmål til kun at vedrøre aftale- og obligationsretten ved forudsætnings- og ugyldighedslæren, aftalelovens generalklausul ved AFTL § 36 og markedsføringslovens regel om erhvervshemmeligheder og vederlagsreglen ved MFL §§ 19 og 20, samt den danske retspraksis herved. Dette er analysens fokus og der ses derfor helt bort fra anden dansk lovgivning, der kunne tænkes at være relevante, jf. straks nedenunder.

Analyserne afgrænses særligt fra bestemmelserne ved AFTL §§ 28-33 om aftalers ugyldighed eller markedsføringslovens generalbestemmelse ved § 1. Disse bestemmelser kunne tænkes at være relevante for analysens resultat, men deres betydning er i højere grad indirekte, og det valgte fokusområde anses for at have den væsentligste indflydelse på analysen.

Der foretages ikke en konkret erstatningsopgørelse af det økonomiske tab ved brud på fortrolighedspligten efter de almindelige erstatningsregler, men der forsøges blot at estimeres, hvorvidt et tab ved en misligholdelse af pligten kan medføre et anerkendt tab efter disse regler. Det

⁶ CoPECL Network of Excellence

antages, at det samlede økonomiske tab for Virksomheden, ved modpartens misligholdelse af pligten, er større, end den tildelte erstatning efter de almindelige erstatningsregler.

Denne antagelse beror bl.a. på, at Virksomhedens opportunity costs⁷ og omkostnings-eksternaliteter⁸ ikke medregnes i fuldt omfang i erstatningsopgørelsen. Dertil er det konstateret ved markedsføringsretten, at det er nødvendigt med yderligere kompensationsmuligheder, bl.a. ved fortrolige oplysninger, pga. at de almindelige erstatningsregler ikke tager højde for de fulde økonomiske konsekvenser for en krænket virksomhed⁹.

Den anvendte retspraksis, der ikke behandles direkte i analysen og kun er medtaget som bilag, er udtryk for min juridiske vurdering af dommernes begrundelse for sagens udfald, uden at der eksplicit argumenteres herfor. Disse kendelser er ikke genstand for materiel behandling og dokumentation, og det antages derfor, at dommernes skøn har den begrundelse, der fremgår af bilaget.

Derudover afgrænses der fra dansk- og EU konkurrence lovgivning. Fortrolighedspligter kan have en negativ indflydelse på konkurrencen og derved falde indenfor konkurrencerettens område, hvorfor det normalt er relevant at foretage en konkret vurdering af pligtens omfang og parternes markedsposition, forud for at fortrolighedspligten aftales. Der foretages som nævnt ikke en sådan vurdering i afhandlingen.

Amerikansk ret behandles ikke yderligere end nødvendigt til forståelse af den amerikanske rets- og kontraktøkonomiske litteratur. Der forsøges ikke at lave en komparativ analyse.

⁷ Omkostning ved fortabte muligheder når virksomhedens ressourcer ikke anvendes til den bedste alternative mulighed, se definition i Pindyck og Rubinfeld. 2005. Microeconomics, s.214

⁸ En given handling positive eller negative effekt på en tredjemands velfærd, se beskrivelse i Milgrom og Roberts. 1992. Economics, Organization & Management, s.75

⁹ 2005/1 LSF 13 (lovforslag til Markedsføringsloven ved LOV nr. 1389 af 21.12.2005)

1.7. Økonomisk teori, metode og afgrænsninger

Den økonomiske metode anvender rets- og kontraktøkonomisk og adfærdsøkonomisk litteratur, der omhandler konventionalbodens økonomiske rationaler og incitamentshensyn med fokus på Pareto optimalitet.

De vigtigste konklusioner ved Edlin og Schwartz' artikel om optimale kontraktboder sammenholdes med den udvalgte danske retspraksis ved konventionalbod ved erhvervsforhold, der også anvendes i den juridiske analyse. Den økonomiske litteratur er hovedsageligt artikler af Aaron S. Edlin og Alan Schwartz, af Russell Korobkin og Thomas Ulen, af Russell Korobkin, samt af Polinsky.

Dette giver en systematisk opbygning af problemstillingen, hvor teoretikernes forskellige tilgangsvinkler til konventionalboder og fortrolighedspligt komplementerer hinanden. Formålet er, at betydningen af en fortrolighedspligt med konventionalbod fremhæves, og at dens anvendelse nuanceres til at skulle tilpasses den konkrete sagsfremstilling.

Den første økonomiske delanalyse tager udgangspunkt i Polinskys artikel om risikofordeling ved brug af mangelsbeføjelser, og derved det økonomisk rationale ved risikoallokering for at Virksomheden anvender en konventionalbod. Der beskrives nytten ved at parterne ex ante risikoallokerer ved deres transaktion, og at en konventionalbod, der overstiger værdien ved de traditionelle misligholdelsesbeføjelser, kan være efficient.

I sammenhæng herved anvendes Edlin og Schwartz' artikel om optimale kontraktboder, hvor der fokuseres på efficiente ex ante investeringshensyn og efficiente hensyn til ex post handelsadfærd. Artiklens hovedkonklusioner efterprøves empirisk ved den danske retspraksis omhandlende konventionalboder ved erhvervsforhold.

Den danske retspraksis vurderes med fokus på parternes karakter, transaktionens økonomiske værdi og den aftalte bodsbetalingen, sammenholdt med kendelsens udfald og ordlyd. Disse vurderinger sættes i systematik for at undersøge, i hvilket omfang at praksis ved de danske domstole er i overensstemmelse med Edlin og Schwartz' fremsatte økonomiske rationaler.

Både Polinskys artikel og Edlin og Schwartz' artikel synes at være udtryk for anvendelse af en positivistisk metodologi tilgang ved moderat empirismens instrumentalisme, hvor den økonomiske teori beskriver og analyserer de økonomiske konsekvenser ved en eller flere specifikke retsregler. Positivistiske baserer deres viden på observationer og erfaringer, hvorfor de derfor anser deres viden som aposteriorisk frem for af apriorisk karakter.

Det betyder, at konklusionerne i teorien er mulige at teste empirisk og derved få be- eller afkræftet resultaterne, men ved instrumentalismen er der kun mulighed for en indirekte testabilitet. Det sker i form af en empirisk test af teoriens forudsigelser, og derved vurderes graden af succes for teoriens predikationer og dens anvendelse som instrument.

Formålet er, at Polinsky og Edlin og Schwartz fremstår som de rets- og kontraktøkonomiske rationaler for at anvende konventionalboden ved en fortrolighedspligt, hvor resultatet herved modificeres ved den adfærdsøkonomiske analyse.

De adfærdsøkonomiske artikler af henholdsvis Korobkin og Ulen om irrationel adfærd og af Korobkin om begrænset rationalitet og standard kontraktbetingelser, anvendes til at modificere de økonomiske rationaler for en konventionalbod og hvordan der opnås en faktisk efficient anvendelse af boden, samt til at forsøge at begrunde resultatet af den juridiske analyse af en fortrolighedspligt med konventionalbod.

Artiklerne anvendes til at redegøre for de psykologisk kognitive begrænsninger og bias, der påvirker menneskets beslutninger, og derved gøres der op med at mennesket rationelt

nyttmaksimerer. De forskellige heuristikker og biaser overføres til Virksomhedens situation og særligt betydningen af konventionalbodens størrelse i forhold til pligtens karakter. Den kognitive teori anvendes derudover til koncipering af fortrolighedserklæringen, hvor de økonomiske rationaler og juridiske konklusioner fra de forskellige analyser anvendes.

Begge adfærdsøkonomiske artikler synes at være udtryk for behavioralismen som metodologisk tilgang, og at de særlig er funderet i Herbert Simons beslutningsteori. Artiklerne omhandler det processuelle rationalitetsprincip, hvor rationaliteten beskrives ved den proces, som beslutningstageren anvender. Dette er udtryk for en stærk empirisk orientering.

Det kan bemærkes, at artiklerne til en vis grad også er udtryk for henholdsvis den sofistikerede falsifikationisme metodologi og Imre Lakatos' forskningsprogram-metodologi, da der er visse sammenhænge mellem disse to metodologier og så behavioralismen. Det skyldes, at det ikke er nødvendigt med et fast fundament, for at *noget* kan kaldes *viden*, hvilket ellers er et kriterium for sand viden ved de aposterioriske metodologier og ved apriorismen.

Der beskrives udelukkende den anvendte metodologi i de anvendte artikler. Der tages ikke stilling til metodologien i de økonomiske analyser, da formålet er at complimentere den juridiske analyse til at komme med en samlet besvarelse af problemstillingen. Derudover er der følgende afgrænsninger.

Det antages, at artiklerne er et retvisende udtryk for den rets- og kontraktøkonomiske teori om konventionalbod og fortrolighedspligt, samt at de teoretiske forudsætninger i artiklerne også eksisterer for forholdene som beskrevet i Case beskrivelsen i afsnit 1.2. Denne afgrænsning er nødvendig for at kunne give en konklusion, da særlig adfærdsøkonomien forventes at udvikle sig meget fremover med nye empiriske data og teorier. Her kan bl.a. henvises til bogen Predictably

Irrational af professor Dan Ariely, hvori han udtrykker store forventninger til at øget forskning kan udrette banebrydende resultater.

Dertil antages det, at Virksomheden er risikoavers, samt at forholdene ved Virksomheden og dens modparter, markedet og lignende, opfylder betingelserne for teorierne om egeninteresse og værdimaksimering. Den økonomiske analyse afgrænses derfor fra at tage stilling til og undersøge konkrete forhold ved disse elementer, forstået sådan, at rationalitetsantagelsen stadig er genstand for analyse ved anvendelse af den adfærdsøkonomiske teori. Yderligere antages det at betingelserne for Coase teoremet er opfyldt.

Kapitel 2. Samlet analyse

2.1. Konventionalboden

2.1.1. Aftalerettens generalklausul

Konventionalboder håndhæves ved aftalelovens § 36, der er dansk aftalerets generalklausul, og dens anvendelse på konventionalboder fungerer som udgangspunktet for den samlede analyse.

En fortrolighedserklæring med konventionalbod, der aftales mellem erhvervsdrivende i Danmark, vil reguleres efter dansk aftale og obligationsret. Den bestemmelse, som omfavner de fleste kontraktforhold, både vedrørende forud for aftaleindgåelse, selve aftalens indhold, samt de senere indtrufne omstændigheder, er § 36 i aftaleloven¹⁰ (herefter AFTL). Denne generalklausul kan ændre, modificere eller tilsidesætte et kontraktvilkår, hvorfor bodsbestemmelsen som minimum skal opfylde kravet om gyldighed efter AFTL § 36 for at kunne håndhæves ved de danske domstole.

Generalklausulen er vidtgående og baseres på en rimelighedsnorm¹¹, og dens formål er at tilsidesætte urimelige aftalevilkår og bl.a. beskytte mod forhold, hvor en overlegen part misbruger sin forhandlingsstyrke til at indføre adhæsionslignende aftalevilkår¹². Dette gælder også i erhvervsforhold¹³, da det afgørende kriterium er urimelighed frem for underlegenhed¹⁴.

Ved langvarige kontraktforhold er der en stærk sammenhæng mellem generalklausulen og læren om bristende forudsætninger¹⁵, hvor generalklausulen er bundet til den eksisterende retsstandard og retspraksis, imens særligt forudsætningslæren er knyttet til de

¹⁰ Aftaleloven, LOV nr. 242 af 08.05.1917 ved LBK nr. 781 af 26.08.1996

¹¹ Andersen og Madsen. 2006. Aftaler og Mellemmænd, s. 204

¹² ibid s. 207

¹³ ibid s. 210

¹⁴ ibid s. 211

¹⁵ ibid s. 211 og s. 226

almindelige erhvervsrisici¹⁶. Læren om de bristende forudsætninger fokuserer på parternes subjektive forhold forud for aftaleindgåelsen (ex ante), imens generalklausulens rimelighedsnorm i højere grad fokuserer på omstændighederne efter kontraktindgåelsen (ex post)¹⁷.

Konventionalboder var tidligere særligt reguleret ved § 36 i aftaleloven, der var en specialregel om nedsættelse af aftalte konventionalboder. Denne regel udgik helt fra loven ved revidering i 1975, hvorfor konventionalboder nu er omfattet af generalklausulen i samme omfang som andre aftaleretlige bestemmelser¹⁸. Indførelsen af generalklausulen var dog ikke tiltænkt at ændre retstilstanden ved konventionalboder og generalklausulen anvendes i mindst samme omfang som den tidligere konventionalbodsregel¹⁹. Retspraksis forud for 1975 kan derved anvendes.

Der forekommer sager, hvor urimeligt store konventionalboder nedsættes, selvom formålet med AFTL § 36 ikke er at give domstolene en almindelig rimelighedsgrundsætning, med en friere hjemmel til at ændre retsforholdet mellem parterne og dermed påvirke indholdet af andre retsregler, til at skabe ny ret²⁰. Domstolene bør som udgangspunkt ikke indskrænke kontraktfriheden ved brug af generalklausulen, men derimod kun ved specifik lovgivning, og samtidigt bør rets- og kontraktøkonomisk teori anvendes til at undersøge retsreglernes efficiens²¹.

2.1.2. Konventionalbodens formål

Som udgangspunkt varetager konventionalboden et genopretningshensyn ved at sikre, at der sker kompensation for det lidte tab ved modpartens misligholdelse²². Boden kan også varetage klarhedshensynet mht. at det ikke er nødvendigt at føre bevis for et erstatningsretligt tab

¹⁶ Gomard. 2008. Aftalelovens § 36 og erhvervskontrakter, s.17

¹⁷ Andersen og Madsen. 2006. Aftaler og Mellemmænd, s. 228

¹⁸ ibid s. 205

¹⁹ ibid s. 215

²⁰ Gomard. 2008. Aftalelovens § 36 og erhvervskontrakter, s.15

²¹ ibid s.19

²² Andersen. 2009. Praktisk aftaleret, s.396

pga. at omfanget af kompensationen allerede er fastsat i bodsbestemmelsen²³. Ved at den økonomiske konsekvens ved misligholdelse fremhæves for modparten varetages også et præventionshensyn pga. at parterne gives et eksplicit incitament til at opfylde deres forpligtigelser²⁴.

En konventionalbod, der går ud over parternes genopretningshensyn ved at kompensationen overstiger det lidte tab, vil i forstærket grad varetage præventionshensynet pga. der kun vil opstå et brud på fortrolighedspligten, såfremt dette er efficient for parterne²⁵. Konventionalboden, der i fuldt omfang genopretter den skadelidtes dokumenterede såvel som udokumenterede tab, og derved i stor grad varetager præventionshensynet, risikerer at fremstå som afstraffende (pønal), såfremt boden væsentligt overstiger den formodede erstatning efter dansk rets almindelige erstatningsregler²⁶ (herefter Pønalbod). En Pønalbod varetager derfor ikke i samme grad genopretningshensynet i juridisk forstand, som det gør i økonomisk forstand. Det skyldes, at genopretningshensynet vurderes efter dansk rets almindelige erstatningsregler. Præventionshensynet ved boden kan risikere at stride imod det aftaleretlige ligevægtsprincip²⁷, hvilket kan føre til modifikation eller ugyldighed efter generalklausulen.

Erstatningsudmålingen efter dansk rets almindelige erstatningsregler antages at være lavere end Virksomhedens fulde økonomiske tab ved modpartens misligholdelse af fortrolighedspligten, se hertil afsnit 2.1.3. Konventionalbodens forskellige formål og hensyn betyder derfor, at der kan være et misforhold mellem det juridisk mulige ved rimelighedsnormen i AFTL § 36 og så det økonomisk efficiente ved rets- og kontraktøkonomisk teori.

²³ Andersen. 2009. Praktisk aftaleret, s.396

²⁴ ibid s.396

²⁵ Shavell. 2005. Is Breach of Contract Immoral?, s.13

²⁶ Andersen og Lookofsky. 2010. Lærebog i obligationsret I, s.420

²⁷ ibid s.420

2.1.3. Behov for konventionalbod ved fortrolige oplysninger

Fortrolighedspligten er en særlig præstationshandling ved at den ikke pålægger en handlingspligt til at gøre noget bestemt, men derimod en undladelsespligt²⁸, sådan at parterne udviser diskretion med modpartens følsomme information. Undladelsespligten adskiller sig dog væsentlig fra handlingspligten; den er konstant i form og tilstand, der er i højere grad et behov for at aftale en varighed af pligten, og pligtens omfang er vanskeligt at overskue ved aftaleindgåelsen²⁹.

Undladelsespligten kan dog sjældent stå alene uden en handlingspligt tilknyttet, fx ved at parterne aktivt skal overholde fortrolighedsaftalen³⁰, og ligeledes kan der med fordel tilknyttes en pligt til at destruere de medier, som indeholder den fortrolige viden, efter at samarbejdet er ophørt mellem parterne³¹. En destruktionspligt kan medvirke til at risikoen for misligholdelse minimeres og derved fungere præventivt.

Fortrolighedspligtens genstand, dvs. selve informationen, er ofte vanskelig at identificere, hvorfor det er problematisk for en part at identificere årsagen til bruddet på pligten³². Det er ligeledes vanskeligt at opgøre et økonomisk tab pga. problematikken med at værdisætte den fortrolige information til penge, hvorfor de danske domstole ofte kun foretager et usikkert skøn efter de almindelige erstatningsregler ved bedømmelse af erstatningens størrelse³³. Denne problemstilling er til en vis grad universel ved fortrolige oplysninger, og det beskrives uddybende ved artiklen om den kontraktretlige beskyttelse af virksomhedshemmeligheder af Susanne H.S. Leong og Ter Kah Leng³⁴, og ved Thomas Riis om håndhævelsesfejl.

²⁸ Andersen. 2009. Praktisk aftaleret, s.279.

²⁹ *ibid* s.280.

³⁰ *ibid* s.279.

³¹ Andersen. 2011. Enkelte transaktioner, s.378

³² *ibid* s.378

³³ *ibid* s.378

³⁴ Leong og Leng. 2002. Contractual Protection of Business Confidence

Leong og Leng tager udgangspunkt i Common Law³⁵ landenes beskyttelse af den fortrolige information, og de differentierer mellem beskyttelse af henholdsvis 1. enten den forventede interesse, der er lig den positive opfyldelsesinteresse, eller den afhængige interesse, der er lig den negative kontraktinteresse, og så 2. den genoprettende interesse ved at hindre uretmæssig berigelse hos den krænkende part³⁶. Den positive opfyldelsesinteresse og den negative kontraktinteresse anvendes til at kompensere Virksomheden for et økonomisk tab ved modpartens kontraktretlige misligholdelse, imens den genoprettende interesse anvendes til at hindre, at modparten opnår en uretmæssig berigelse ved krænkelse af Virksomhedens ejendomsret, uanset om der er lidt et økonomisk tab herved³⁷.

Det bør være muligt at tilkende en genopretningserstatning ved udnyttelse af de fortrolige oplysninger, hvor erstatningen skal vurderes som et selvstændigt krav baseret på selve tilegnelsen af oplysningerne uden hensyn til om der er tale om en skadevoldende handling³⁸. Erstatningen udgør en andel i modpartens fulde profit ved krænkelse, hvilket er en almindelig retfølge i Common Law lande³⁹ ved krænkelse af traditionelle ejendomsrettigheder⁴⁰. De fortrolige oplysninger anses dog ikke som en traditionel ejendomsret, men den strenge retsfølge kan være fornuftig i særlige tilfælde ved en kontraktretlig misligholdelse⁴¹.

De særlige tilfælde, hvor tilkendelse af modpartens profit ved misligholdelse kan være en retfærdig retsfølge er, når modparten opnår en profit ved bevidst at udføre den handling, som det netop blev

³⁵ Common Law beskriver bl.a. Nordamerikansk og Engelsk ret, hvorfor retskilder herved ikke umiddelbart kan anvendes ved dansk ret. Det kan hertil bemærkes at dansk ret er udtryk for skandinavisk Civil Law.

³⁶ Leong og Leng. 2002. Contractual Protection of Business Confidence, s.2

³⁷ *ibid* s.2

³⁸ *ibid* s.3-4

³⁹ Artiklen fokuserer særligt på Canada, Australien og Israel

⁴⁰ Leong og Leng. 2002. Contractual Protection of Business Confidence, s.5

⁴¹ *ibid* s.6

aftalt, ikke måtte begås⁴². Krænkelser af fortrolige oplysninger er udtryk for sådan en bevidst forseelse af modparten, der bør straffes med fratagelse af profitten herved, uanset om Virksomheden har lidt et tab ved krænkelsen⁴³. Dertil har Virksomheden ikke mulighed for en substituerende løsning ved modpartens misligholdelse af fortrolighedspligten, hvorfor genopretningshensynet vægter mere i dette tilfælde af misligholdelse, end ved en modparts misligholdelse ved levering af en genus ydelse⁴⁴.

Leong og Leng foreslår derved, at Virksomheden skal tildeles en andel af den profit, som modparten har opnået ved at misligholde fortrolighedspligten, når Virksomheden enten ikke har fået noget væsentligt tab eller når det ikke er muligt at bevise et væsentligt tab. Fortrolige oplysninger anses som de oplysninger modparten har fået adgang til og erfaret i forbindelse med samarbejdet med Virksomheden, og den særlige karakter for disse oplysninger betyder, at genopretningserstatningen skal anvendes i stedet for kompensationserstatningen, sådan at der gives en tilstrækkelig kompensation⁴⁵.

Det vil være retfærdigt at tildele genopretningserstatningen; når det gælder beskyttelsen af værdifulde aktiver eller en krænkelser af en anerkendt erhvervsinteresse; når krænkelsen blev begået for at opnå en berigelse; når det samtidigt er svært at værdiansætte den fortrolige oplysning og der ikke eksisterer en tilstrækkelig mangelsbeføjelse ved lov; når det ikke er muligt at præstere en ny fortrolighedsforpligtigelse; og når det er svært at minimere tabet⁴⁶.

Det er usikkert om Virksomhedens fortrolige oplysninger opfylder kriteriet om at de er værdifulde aktiver eller en anerkendt erhvervsinteresse, hvilket til dels hænger sammen med den svære

⁴² Leong og Leng. 2002. Contractual Protection of Business Confidence, s.8

⁴³ ibid s.10

⁴⁴ ibid s.11

⁴⁵ ibid s.16

⁴⁶ ibid s.14-15

værdisætning. Dette undersøges nærmere i den juridiske analyse i afsnit 2.4. De må formodes, at en krænkelse af fortrolighedspligten motiveres af at modparten kan opnå en berigelse, selvom misligholdelse også kan forekomme ved uheld, og at der ved de almindelige erstatningsregler ikke eksisterer en tilstrækkelig mangelsbeføjelse i dansk ret. Dertil vil en krænkelse af pligten umuliggøre at modparten kan præstere en ny forpligtelse i relation til den konkrete oplysning, og Virksomheden vil have svært ved at minimere et tab pga. den ikke længere har kontrol over oplysningen.

Incitamentet til overholdelse af fortrolighedspligten er ikke kun baseret på kompensationens størrelse, men også at misligholdelsen de facto håndhæves ved domstolene. Sandsynligheden for opdagelse og håndhævelse af krænkelsen er også en vigtig faktor⁴⁷. Bodsbetalingens præventive effekt på modpartens misligholdelse reduceres proportionalt med mindskelsen i sandsynligheden for håndhævelse ved domstolene⁴⁸. Denne forskel i kompensation mellem den ex ante fastsatte bodsbetaling og så den de facto manglende håndhævelse ex post betyder, at håndhævelsesfejl i sig selv kan begrunde, at bodsbetalingen sættes højere end det faktisk lidte tab⁴⁹.

Den økonomiske kompensation bør særligt tage højde for håndhævelsesfejl, hvis modparten indser, at der er en lav sandsynlighed for håndhævelse og agerer opportunistisk herefter⁵⁰. Sandsynligheden for håndhævelsesfejl kan være større ved virksomhedshemmeligheder end ved andre pligter, som beskrevet af Leong og Leng, og derfor også for Virksomhedens fortrolighedspligt. Den efficiente

⁴⁷ Riis. 2005. Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s.215

⁴⁸ ibid s.216

⁴⁹ ibid s.216

⁵⁰ ibid s.216

fastsættelse af bodsbetalingen bør som udgangspunkt være efter multipliceringsprincippet (the multiplier principle)⁵¹.

En bodsbetaling fastsat efter multipliceringsprincippet har en pønal karakter pga. der er større fokus på den præventive effekt på misligholdelse og at genoprette incitamentseffekten⁵², begge ex ante hensyn, end at kompensere for det konkrete tab ved den håndhævede misligholdelse ex post. Den optimale bod efter dette princip er, at det optimale kompensationsbeløb uden håndhævelsesfejl (rettighedshaverens reservationspris) multipliceres med den inverse sandsynlighed for håndhævelsesfejl⁵³: Optimal bod = (invers sandsynlighed) x (reservationspris)⁵⁴

Anvendelse af multipliceringsprincippet kan dog stride imod retssikkerhedshensynet pga. at den i høj grad afhænger af de konkrete omstændigheder, og at det kan være vanskeligt at skaffe viden om niveauet for håndhævelsesfejl og den korrekte reservationspris⁵⁵. Dette er også en ulempe ved genopretningserstatningen, for selvom den giver modparten incitament til at overholde fortrolighedspligten i det konkrete tilfælde, så kan erhvervslivet som helhed blive mere usikkert vedrørende gældende ret, pga. at der kan tilkendes mere uforudseelige og større bøder ved krænkelse⁵⁶.

Dertil har genopretningserstatningen en usikkerhed ved tilkendelse af en andel af modpartens profit, da der kun skal medregnes den profit, der kan tilskrives selve oplysningen, og ikke den profit, der er skabt ved modpartens eget arbejde og evner til at anvende den fortrolige oplysning⁵⁷.

⁵¹ *ibid* s.216

⁵² Riis. 2005. Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s.217

⁵³ *ibid* s.217

⁵⁴ Hvis kun hver tiende krænkelse håndhæves ved domstolene(10 %) og reservationsprisen er 100 kr., så er den optimale bodsbetaling: 100 kr. x 1/0,10 = 1.000 kr.

⁵⁵ Riis. 2005. Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s.217

⁵⁶ Leong og Leng. 2002. Contractual Protection of Business Confidence, s.15

⁵⁷ *ibid* s.16

Genopretningserstatningen giver mulighed for en øget beskyttelse af Virksomhedens fortrolige oplysninger, da man anerkender at det er nødvendigt at modvirke det økonomiske incitament modparten har ved berigelse ved misligholdelsen, samtidigt med at man medregner den negative økonomiske værdi, som Virksomheden påføres ved at der sker en bevidst forseelse af modparten. Dertil kan en anerkendelse af domstolenes håndhævelsesfejl, og at dette giver incitament til opportunistisk adfærd hos modparten, begrunde en højere økonomisk kompensation og en Pønalbod.

Denne form for økonomisk kompensation tildeles ikke efter de almindelige danske erstatningsregler, hvor dansk ret i højere grad fokuserer på det dokumenterede økonomiske tab og at Virksomheden ikke opnår en uretmæssig berigelse ved kompensationen. Dertil kan centrale elementer ved de almindelige erstatningsregler, som kausalitet og adækvans, nedsætte erstatningsudmålingen yderligere, da ansvarsgrundlagets omfang ved en fortrolighedspligt netop er vanskeligt at overskue ved kontraktindgåelsen.

En konventionalbod kan derfor anvendes til at beskytte og varetage parternes økonomiske interesse i den fortrolige information⁵⁸. Dette undersøges nærmere i de følgende afsnit mht. bodens varetagelse af risikoallokerings- og investeringshensyn, samt en konkret juridisk vurdering af en konventionalbod ved fortrolige oplysninger.

⁵⁸ Andersen. 2011. Enkelte transaktioner, s.378

2.2. Risikoallokeringshensyn ved konventionalbod

2.2.1. Fordeling af risici ved misligholdelsesbeføjelser

Polinsky har undersøgt anvendelsen af misligholdelsesbeføjelser baseret på, at beføjelsernes omfang og begrænsninger udtrykker en fordeling af transaktionens risici mellem parterne i forhold til de senere ændrede omstændigheder⁵⁹. En aftale om konventionalbod kan være en optimal allokering af risici for parterne⁶⁰.

Virksomheden har et naturligt behov til at håndtere de medfølgende risici ved at udveksle oplysninger med en samarbejdspartner, sådan at følsom information ikke hænder hos en utilsigtet part og særligt en konkurrent⁶¹. De fortrolige oplysninger kan udgøre en trussel mod Virksomheden, såfremt udbredelsen ikke er kontrolleret hos Virksomheden og hos modparten, fx ved negativ omtale eller kompromittering i forhold til en forestående aftale⁶². Dette behov for risikohåndtering skal derfor ses i sammenhæng med Polinskys undersøgelse af misligholdelsesbeføjelsernes allokering af risiko.

Polinsky tager udgangspunkt i en transaktion om køb af en speciesydelse med trussel om misligholdelse af sælger pga. en kendt sandsynlighed for tredjemands interesse i samme ydelse, hvor både sælger og køber er professionelle parter⁶³. I tilfælde ved sælgers misligholdelse, har køberen mulighed for at få tilkendt enten positiv opfyldelsesinteresse, naturalopfyldelse, eller konventionalbodsbetaling⁶⁴, hvor konventionalbodens værdi er større end den positive opfyldelsesinteresse, men mindre end naturalopfyldelsen⁶⁵.

⁵⁹ Polinsky. 1983. Risk Sharing through Breach of Contract Remedies

⁶⁰ *ibid* s.2

⁶¹ Andersen. 2011. Enkelte transaktioner, s.366

⁶² *ibid* s.367

⁶³ Polinsky. 1983. Risk Sharing through Breach of Contract Remedies, s.3

⁶⁴ *ibid* s.3

⁶⁵ *ibid* s.5

Naturalopfyldelsen skal ved Polinsky forstås som en maksimal salgsværdi af speciesydelsen, som sælgeren kan sælge til en tredjemand i stedet for køberen⁶⁶. Dette kan mere generelt forstås ved, at naturalopfyldelsen er den misligholdende parts gevinst ved misligholdelse. Det kan bemærkes, at dette er forskelligt fra beskrivelsen af naturalopfyldelsen i afsnit 2.3, hvor den anses for at være lig den positive opfyldelsesinteresse. Det skyldes, at det sjældent er faktisk muligt at gennemtvinge naturalopfyldelse, og fx ved krænkelse af en fortrolighedspligt kan det være for sent at gennemtvinge opfyldelse af pligten ex post ved domstolene.

Dette scenarie kan overføres til Case beskrivelsen, hvor de fortrolige oplysninger til en vis grad kan forstås som en speciesydelse, da oplysningerne er virksomhedsspecifikke og samtidigt eksisterer der ikke et salgsmarked for dem. Virksomheden skal anses for at være køberen i scenariet, da det er modparten, som kan vælge at misligholde fortrolighedspligten i samme grad som sælgeren kan det i scenariet. Det er dog svært for både virksomhed og modpart at kende til sandsynligheden for, at en tredjemand er interesseret i oplysningerne, og dermed estimere ex ante sandsynligheden for modpartens misligholdelse.

Dertil differentieres der mellem to risikoprofiler for parterne, henholdsvis risikoneutralitet og risikoaversion, og misligholdelsesbeføjelserne vurderes i sammenhæng med kombinationen af sælger og købers risikoprofil⁶⁷, og særligt ved antagelsen om, at de fleste parter som minimum er risikoaverse i en vis grad⁶⁸.

Virksomheden antages at være mere risikoavers end risikoneutral ved de fortrolige oplysninger, uagtet om modparten er en mindre leverandør eller en større samarbejdspartner. Det skyldes, at værdien af de fortrolige oplysninger for Virksomheden er konstant, og dermed er Virksomheden

⁶⁶ Polinsky. 1983. Risk Sharing through Breach of Contract Remedies, s.11

⁶⁷ ibid s.4

⁶⁸ ibid s.5

følsom overfor en øget mængde risici ved alle dens transaktioner, der indebærer udveksling af eller adgang til fortrolige oplysninger, hvorfor Virksomheden kan karakteriseres som risikoavers.

Risikoallokeringen for parterne vurderes på baggrund af den forventede nytte ved matematisk beregning af henholdsvis; sælgerens og køberens nytte; sælgerens produktionsomkostninger; køberens gevinst ved opfyldelse af sælgeren; køberens tilbudte pris; sandsynligheden for tredjemands interesse og værdien af dennes tilbud; samt betalingen ved misligholdelse⁶⁹.

Det er den fordelagtige risiko ved tilbuddet fra tredjemand, der skal allokeres optimalt mellem køber og sælger⁷⁰. Det antages nemlig, at den bedste løsning for parterne er misligholdelse af pligten, uanset valg af misligholdelsesbeføjelse, såfremt værdien tilbudt fra tredjemand overstiger køberens tilbudte pris⁷¹. Dette er i overensstemmelse med teorien om det effiente kontraktbrud.

Den positive opfyldelsesinteresse optimerer risikoallokeringen for parterne, når Virksomheden er risikoavers og modparten er risikoneutral⁷², imens naturalopfyldelsen giver den optimale risikoallokering, når Virksomheden er risikoneutral og modparten er risikoavers⁷³. Derimod opnås den optimale risikoallokering ved aftale om en konventionalbod, når begge parter er risikoaverse, hvor værdien af boden er knyttet forholdsmæssigt til den positive opfyldelsesinteresse og naturalopfyldelsen⁷⁴.

Virksomheden og modparten kan derved optimere deres individuelle nytte ved at aftale en konventionalbod, i de tilfælde, hvor modparten også er risikoavers. Bodsbetalingen skal overstige

⁶⁹ Polinsky. 1983. Risk Sharing through Breach of Contract Remedies, s.6-7

⁷⁰ ibid s.7

⁷¹ ibid s.7

⁷² ibid s.9

⁷³ ibid s.9

⁷⁴ ibid s.10

den positive opfyldelsesinteresse for Virksomheden, og derved være en Pønalbod, samtidigt med at boden skal være mindre end modpartens gevinst ved misligholdelse af fortrolighedspligten. Denne risikoallokering og konventionalbudsudmåling er i tråd med Leong og Lengs foreslåede genopretningserstatning og tilkendelse af en andel af modpartens gevinst ved misligholdelse.

Der er dog begrænsninger ved konventionalbodens efficiens, da der ikke er medregnet begrænsningerne ved informationsomkostninger og tillid/afhængighed⁷⁵. Naturalopfyldelsen og den positive opfyldelsesinteresse kræver kun en begrænset mængde information for at kunne håndhæves af domstolene, imens konventionalboden kræver at parterne ex ante tager højde for alle de relevante kontraktforhold inklusiv bevidsthed om deres egen risikoprofil og sandsynligheden for misligholdelse⁷⁶.

Alle tre misligholdelsesbeføjelser er efficiente, såfremt parterne enten kan genforhandle, når omstændighederne har ændret sig efterfølgende, eller at parterne kan forhandle alle kontraktbetingelser inklusiv deres tillids/afhængighedsbeslutninger⁷⁷. I de tilfælde, hvor det er omkostningsfuldt enten at genforhandle ex post eller at forhandle om tillid/afhængighed ex ante, er det den positive opfyldelsesinteresse, der er mest efficient ved genforhandling, og det er konventionalboden, der er mest efficient ved forhandling om tillid/afhængighed⁷⁸.

Det skyldes, at der ved manglende genforhandling af kontrakten⁷⁹ vil opnås færrest efficiente kontraktbrud ved naturalopfyldelsen, imens konventionalboden vil føre til flere efficiente brud, og den positive opfyldelsesinteresse vil føre til flest efficiente brud. Modsat vil den positive opfyldelsesinteresse føre til for meget afhængighed, når dette ikke er blevet genstand for

⁷⁵ Polinsky. 1983. Risk Sharing through Breach of Contract Remedies, s.13

⁷⁶ ibid s.14

⁷⁷ ibid s.14

⁷⁸ ibid s.14-15

⁷⁹ Mulighed for forhandling er afgørende for at parterne kan skabe den efficiente allokering af ressourcerne, se definitionen af Coase teoremet i Milgrom og Roberts. 1992. Economics, Organization & Management, s.596

forhandling, imens naturalopfyldelsen vil opnå et bedre niveau af tillid/afhængighed og konventionalboden vil opnå det bedste niveau.

Ved risikoallokering er der ikke én misligholdelsesbeføjelse, der ex ante er optimal i alle situationer⁸⁰. En Pønalbod er den mest efficiente løsning mht. allokering af Virksomhedens og modpartens risici, når begge parter er risikoaverse, og boden opnår det bedste niveau af parternes tillid/afhængighed i transaktionen. Modsat risikerer Virksomheden at hindre efficiente kontraktbrud med en for høj bodsbetaling, hvorfor Pønalboden ikke bør sættes for højt og fratage modpartens fulde berigelse ved misligholdelse.

⁸⁰ Polinsky. 1983. Risk Sharing through Breach of Contract Remedies, s.15

2.3. Investeringshensyn ved konventionalbod

2.3.1. Estimering af konventionalbodens værdi

Dette afsnit undersøger den Pareto optimale bodsbetaling i henhold til Virksomhedens økonomiske interesse i de fortrolige oplysninger og dens formål med en fortrolighedserklæring. Den Pareto optimale bodsbetaling sammenholdes med dansk retspraksis vedrørende konventionalboder.

Den økonomiske teori fokuserer på den værdi, som et aftale vilkår kan tillægges af parterne. En bodsbestemmelse ved aftale om fortrolighedspligt er et aftalevilkår på linje med et vilkår om en ydelses egenskaber, et tidspunkt for levering, et betalingstidspunkt, osv. Dette er alle vilkår til forhandling, baseret på parternes individuelle behov og præferencer, alt efter hvilket vilkår til en given omkostning, der maksimerer parternes nytte.

Bodsbestemmelsen er en misligholdelsesbeføjelse, og er et alternativ til naturalopfyldelsen, den positive opfyldelsesinteresse, og den negative kontraktinteresse. Disse beføjelser repræsenterer alle forskellige nytteværdier for parterne.

Naturalopfyldelsen er en gennemtvungelse af pligten og har derfor en høj værdi for den krænkede part, som ikke altid er de facto mulighed, imens den positive opfyldelsesinteresse stiller den krænkede part som om pligten ikke var brudt og har derfor også en høj værdi. Naturalopfyldelsen og den positive opfyldelsesinteresse kan derved anses for at have samme høje værdi. Den negative kontraktinteresse stiller parterne som om aftalen aldrig var indgået og har derfor en lavere værdi pga. den krænkede parts tab af profit ved misligholdelsen ikke medregnes. Grundet fortrolighedspligtens karakter kan den negative kontraktinteresse herved sidestilles med den lave værdi ved en tilkendt erstatning efter de almindelige regler.

Bodsbetalingen kan have forskellige værdier og variere efter bodens formål, hvor størrelsen kan opgøres til enten at være højere-, lig med-, eller under end den positive opfyldelsesinteresse. Bodens formål beskrives ved to modsatrettede karakteristika, enten ved at skulle afhjælpe en vanskelig erstatningsopgørelse og dermed træde i stedet for et erstatningskrav efter de almindelige erstatningsregler (herefter Afhjælpningsbod), eller ved at skulle straffe den misligholdende part ved at betalingen overstiger erstatningskravet efter de almindelige erstatningsregler (Pønalbod)⁸¹.

Afhjælpningsboden har derved en lav værdi svarende til den lave værdi ved erstatning efter de almindelige regler, imens Pønalboden har en stor værdi som minimum lig med den positive opfyldelsesinteresse, hvorfor Afhjælpnings- og Pønalboden kan gives følgende værdier:

Afhjælpningsbod < Positiv opfyldelsesinteresse \leq Pønalbod.

Denne værdiangivelse stemmer overens med det retslige udgangspunkt mht. at der skal noget ”mere” til for at Pønalboden håndhæves ved domstolene. Afhjælpningsboden håndhæves, såfremt der blot konstateres en misligholdelse af pligten, imens Pønalboden kun håndhæves, når der også kan bevises en culpøs handling⁸².

Den økonomisk optimale konventionalbod skal som udgangspunkt opfylde kriteriet om Pareto optimalitet, dvs. den bedste allokering af ressourcerne uden at nogle stilles værre⁸³, hvorfor den efficiente misligholdelsesbeføjelse afhænger af de konkrete forhold for henholdsvis parterne og selve aftalen.

Parternes brug af kontraktfriheden, sikrer den Kaldor-Hicks efficiente misligholdelsesbeføjelse⁸⁴, hvor der opnås Pareto optimalitet ved at parten, som stilles bedre ved et aftalevilkår, kan

⁸¹ Andersen og Lookofsky. 2010. Lærebog i obligationsret I, s.422

⁸² ibid s.422

⁸³ Milgrom og Roberts. 1992. Economics, Organization & Management, s.23

⁸⁴ Edlin. 1998. Breach Remedies, s.14

kompensere modparten til et niveau, hvor modparten ikke stilles værre end havde vilkåret ikke været aftalt. Den værdimaksimerende kontrakt opnås ved at fokusere på parternes valg, enten ved den eksplicitte partsvilje i en tydelig og klar aftale, eller ved den hypotetiske partsvilje i en uklar aftale⁸⁵.

I analysen vil efficiens henviser til at der er Pareto optimalitet ved en Kaldor-Hicks forbedrende aftale. Værdien af bodsbestemmelsen kan forstås som et resultat af de involverede parter nyttemaksimering, baseret på en vurdering af værdierne ved de tilgængelige mangelsbeføjelser, når transaktionsomkostningerne er lave og der er mulighed for genforhandling⁸⁶. Bodsbestemmelsen gør det muligt for parterne at sikre, at deres transaktion bliver efficient ved at der kun sker et brud på pligten, såfremt dette er værdimaksimerende for begge parter.

2.3.2. Økonomisk optimale kontraktboder

Virksomheden ønsker at beskytte en bred vifte af informationsdata fra at blive anvendt uden deres tilladelse, både oplysninger med en direkte påvirkning på Virksomheden og med en høj værdi, samt oplysninger med en indirekte indflydelse på Virksomheden og derved med en mindre og/eller lav værdi. Informationen skal beskyttes ved konventionalboden i samme grad, uanset dets værdi, da en misligholdelse af fortrolighedspligten kan have betydning for Virksomheden på længere sigt, fx mht. dens strategi, dens forhold til nuværende og fremtidige kunder, og dens omdømme i samfundet.

Konventionalboden skal sikre Virksomheden kontrollen med og anvendelsen af deres information, for det første ved at give samarbejdsparten et incitament til at investere i et produktivt samarbejde frem for at udnytte adgangen til Virksomhedens information, og for det andet ved at give en

⁸⁵ Posner. 2004. The Law And Economics of Contract Interpretation, s.12-16

⁸⁶ Når der ikke er velfærdseffekter og ingen signifikante transaktionsomkostninger så vil forhandling skabe den efficiente allokering af ressourcerne, se definitionen af Coase teoremet i Milgrom og Roberts. 1992. Economics, Organization & Management, s.596

økonomisk kompensation, såfremt pligten misligholdes⁸⁷. Disse hensyn er ligeledes vigtige for Virksomhedens egen motivation til at investere i transaktionen.

Den optimale anvendelse af konventionalboder er undersøgt af Edlin og Schwartz⁸⁸, og de viser at bodsbetalingens størrelse ikke nødvendigvis er udtryk for om den anvendes efficient, da det afhænger af parternes omstændigheder og formål med boden⁸⁹. Dette underbygger Edlins teori om de Kaldor-Hicks efficiente misligholdelsesbeføjelser og Posners teori om den værdimaksimerende kontrakt.

Edlin og Schwartz tager udgangspunkt i den amerikanske retsregel, der forbyder pønale konventionalboder⁹⁰, i relation til at parter typisk aftaler en bod, når det er svært at bevise den økonomiske værdi af den tabte forventede interesse ved misligholdelsen⁹¹. Amerikansk ret tillader kun konventionalboder, der udgør en underrealisering af det økonomiske tab for den krænkede part⁹², dvs. en bod, der svarer til Afhjælpningsboden ved dansk ret.

Forudgående rets- og kontraktøkonomisk teori om kontraktretlig erstatning modificeres, hvor teorien tidligere kun omhandlede parternes incitament til at indgå en aftale eller misligholde⁹³, men nu medtages hensyn til parternes incitament til at sikre efficiente ex ante investeringer eller efficient ex post handel⁹⁴. Der gøres der op med den traditionelle opfattelse, at det kun er en

⁸⁷ Afsnit 1.2.

⁸⁸ Edlin og Schwartz. 2003. Optimal Penalties in Contracts.

⁸⁹ *ibid* s.53

⁹⁰ Liquidated damage rule

⁹¹ Edlin og Schwartz. 2003. Optimal Penalties in Contracts, s.34

⁹² *ibid* s.35

⁹³ *ibid* s.36

⁹⁴ *ibid* s.37

konventionalbod, der er lig med eller mindre end den forventede interesse, der er efficient, imens en konventionalbod, hvis værdi er større end den forventede interesse, ikke kan være efficient⁹⁵.

Parterne har et incitament til at vælge en konventionalbod, der er højere end den forventede interesse, når de vil fremme investeringer, der enten kan foretages individuelt eller ved samarbejde med modparten⁹⁶. Den individuelle investering foretages for at parten selv kan reducere sine omkostninger, imens samarbejdsinvesteringen foretages for at øge modpartens værdi ved transaktionen⁹⁷.

En Pønaldbod kan være efficient ved mulighed for individuelle investeringer, når den part, der skal investere og derved har glæde heraf, også er den part, der med størst sandsynlig vil stå med valget om at misligholde eller ej⁹⁸. Det samme gælder, når begge parter kan investere individuelt og derved øge deres egen værdi ved transaktionen, og det er muligt at genforhandle aftalen ex post⁹⁹. Ved begge tilfælde vil incitamentet til at foretage en efficient investering øges, når parterne har mulighed for at aftale en konventionalbod, der overstiger den forventede interesse.

Pønaldboden kan også være efficient, når parterne har mulighed for at foretage en samarbejdsinvestering til gavn for modparten, og boden indgår i en kontrakt, der er underlagt et mekanisk design¹⁰⁰. Det mekaniske design er dog problematisk ex ante¹⁰¹, og vil kun fungere som incitament til fuld troværdighed mellem parterne og give parterne et efficient investeringsniveau¹⁰²,

⁹⁵ Edlin og Schwartz. 2003. Optimal Penalties in Contracts, s.42-43

⁹⁶ ibid s.43

⁹⁷ ibid s.43

⁹⁸ ibid s.45

⁹⁹ ibid s.46

¹⁰⁰ ibid s.49

¹⁰¹ Beslutningen vil lide under at manglende opnåelse af det ønskede forhold vil være mere omkostningsfuldt end ved andre fejl, se definitionen af Design Problem i Milgrom og Roberts. 1992. Economics, Organization & Management, s.597

¹⁰² Edlin og Schwartz. 2003. Optimal Penalties in Contracts, s.51

såfremt at boden kan håndhæves og at parterne kan binde sig til at følge mekanismerne¹⁰³. Det mekaniske design afhænger derfor af parternes loyale adfærd overfor designet samt det valgte forum for håndhævelse af boden, hvorfor det mekaniske design bl.a. kan give incitament til opportunistisk adfærd.

En konventionalbod bør ikke modificeres negativt (nedsættes) eller findes ugyldig alene på baggrund af bodsbetalingens størrelse, men kun såfremt en af parterne har handlet svigagtigt eller bedraget eller at boden hindrer den frie handel¹⁰⁴.

Det betyder, at det ikke har den afgørende betydning for om boden er efficient, hvorvidt bodsbetalingen enten er mindre, lig med, eller højere end den forventede erstatning. Den forventede erstatning kan forstås som en ex ante estimering af krænkedes parts forventede interesse¹⁰⁵, hvilket er en værdi lig med naturalopfyldelsen og/eller den positive opfyldelsesinteresse.

Den optimale størrelse af konventionalboden afhænger af formålet med den brede fortrolighedspligt, hvilket for Virksomheden som nævnt er at give incitament til modparten i at investere i samarbejdet og at sikre kompensation ved misligholdelse af pligten. Ved at det særligt er modparten, som har mulighed for at misligholde fortrolighedspligten, er det også denne part, der har mulighed for at investere tilstrækkeligt i at undgå krænkelse af de fortrolige oplysninger.

En bodsbetaling, som er mindre end den forventede erstatning, er efficient i de tilfælde, hvor en af parterne ellers vil forsøge at hindre adgang til markedet ved overinvestere, når begge parter kan hindre en krænkelse af pligten, og når boden bruges til at screene¹⁰⁶ mulige

¹⁰³ Edlin og Schwartz. 2003. Optimal Penalties in Contracts, s.50

¹⁰⁴ *ibid* s.53-54

¹⁰⁵ *ibid* s.33

¹⁰⁶ Undersøgelse af en parts værdiansættelse af en ydelse ved at få parten til at vise sine præferencer, se definition af *screening* og *self-selection* i Milgrom og Roberts. 1992. Economics, Organization & Management, s.603

købere¹⁰⁷. Boden er inefficent, hvis en af parterne ville have fravalgt boden, såfremt parten havde haft mere information eller var mere sofistikeret¹⁰⁸.

En bodsbetaling, der er lig den forventede erstatning, er efficient, når parterne er forsikrede sammen, når det kun er den ene part som kan mindske sandsynligheden for krænkelse af pligten, og når sælgeren screener de mulige købere¹⁰⁹. Boden er inefficent når en af parterne bruger den til at overinvestere og dermed hindrer adgang til markedet¹¹⁰.

En bodsbetaling, der er større end den forventede erstatning, er efficient, når parterne vil give incitament til at foretage transaktionsspecifikke investeringer¹¹¹. Boden er inefficent når en part med monopol anvender den til at hindre adgang til markedet, og når den anvendes til at udnytte at modparten mangler viden eller er mindre sofistikeret¹¹².

Det er som nævnt hovedsageligt modparten, der kan mindske sandsynligheden for misligholdelse af fortrolighedspligten. For selvom Virksomheden kan tænkes at tage præventive tiltag i form af interne sikkerhedsprocedurer og lignende, så vil modparten kun kunne misligholde ved en bevidst handling. Virksomheden bør derfor sætte konventionalboden til at være lig med den forventede erstatning, da det primært er modparten, som kan hindre krænkelse af fortrolighedspligten.

Virksomheden ønsker dog også et tilstrækkeligt investeringsniveau fra sin modpart, hvorfor bodsbetalingen bør sættes højere end den forventede erstatning. Man vil stadig beholde den præventive effekt ved at det at modparten ikke vil misligholde, samtidigt med at begge parter får et incitament til at investere i samarbejdet og derved øge transaktionens værdi. En Pønalbod vil få

¹⁰⁷ Edlin og Schwartz. 2003. Optimal Penalties in Contracts, s.52

¹⁰⁸ ibid s.52

¹⁰⁹ ibid s.52

¹¹⁰ ibid s.52

¹¹¹ ibid s.53

¹¹² ibid s.52

modparten til at agere troværdigt og til ikke at videregive de fortrolige oplysninger, og sikre at både Virksomheden og modparten foretager de nødvendige investeringer i transaktionen.

Bodsbetalingen ved en Pønalbod er dog kun efficient, såfremt truslen om bodsbetaling er troværdig, dvs. at boden kan håndhæves ved de danske domstole¹¹³. Resultaterne af Edlin og Schwartz' sammenholdes med den danske retspraksis på området for konventionalboder i erhvervsforhold, og det vurderes om løsningen også er generelt juridisk acceptabel.

2.3.3. Dansk retspraksis og den optimale kontraktbod

Den danske retspraksis vedrørende konventionalboder ved fortrolighedspligt i et erhvervsforhold er sparsom, hvorfor der også anvendes retspraksis vedrørende konventionalboder ved en konkurrenceklausul. Den sparsomme retspraksis ved fortrolighedspligter kan skyldes, at en misligholdelse er svær at bevise tilstrækkeligt til at føre en retssag, jf. afsnit 2.1.3 om problematikken ved bevis af et tab ved krænkelse af virksomhedshemmeligheder, eller at en fortrolighedspligt anvendes i sammenhæng med en værnetingsaftale om voldgiftsret, hvor kendelsen offentliggørelse afhænger af parternes aftale og de valgte voldgiftsregler¹¹⁴.

Konkurrenceklausulen karakteriseres som en unkladelsespligt, hvor en part skal undlade at agere på et bestemt produkt- og/eller geografisk marked efter ophør af parternes transaktion eller samarbejde¹¹⁵. Dette er en unkladelsespligt med tilsvarende beskyttede hensyn og formål, som ved en fortrolighedspligt. En vigtig forskel er dog kravet om modydelse ved en konkurrenceklausul,

¹¹³ En parts forventede handling er kun troværdig, når handlingen er det bedste valg ud af de mulige løsninger, se spilteoretisk beskrivelse i Dutta. 1999. *Strategies and Games*, s.195

¹¹⁴ Moses. 2008. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, s.189-191

¹¹⁵ Andersen. 2009. *Praktisk aftaleret*, s.280

hvor det som udgangspunkt er nødvendigt at levere en modydelse til den part, der påtager sig en konkurrenceklausul, for at klausulen er gyldig¹¹⁶.

Konkurrenceklausulen kan anvendes til at begrænse truslen om at en ansat eller samarbejdspartner bliver til en ny konkurrent på markedet og udnytter den oparbejdede goodwill¹¹⁷, hvor en fortrolighedspligt til sammenligning ligeledes kan hindre en øget konkurrence ved at Virksomhedens fortrolige oplysninger ikke videreformidles. Formålet med en bod ved en konkurrenceklausul er sammenligneligt med en bod ved en fortrolighedspligt, da boden skal sikre, at begge parter investerer efficient i transaktionen og at der efterfølgende er efficient handel og adfærd.

Østre landsret har ved kendelsen OE2010.B-2018-09 nedsat en samlet konventionalbodsbetaling på 2,7 mio. kr. for 9 overtrædelser af en hemmeligholdelsesaftale til i alt 500.000 kr., og kompensation endte derved på mindre end en syvendedel af det aftalte beløb. Dommen vedrører to erhvervsparter, som var ligeværdige og erfarne indenfor deres område, og der havde indgået en hemmeligholdelsesaftale i forbindelse med forhandlinger om køb og salg af den krænkede parts virksomhed.

Landsrettens begrundelse for nedsættelse af boden til samlet 500.000 kr. var et hensyn til de faktiske økonomiske gevinster ved brud på pligten¹¹⁸ og derved blev bodens værdi sat lavere tilsvarende den mulige erstatning efter dansk rets almindelige erstatningsregler, såfremt forholdet ikke havde været reguleret af en konventionalbod. Hverken byretten eller Østre Landsret fandt at hemmeligholdelsesaftalen var indgået som følge af svig eller bedrageri, eller at der i øvrigt var tale om at en af parterne misbrugte deres monopol.

¹¹⁶ Andersen. 2011. Enkelte transaktioner, s.185

¹¹⁷ ibid s.183

¹¹⁸ OE2010.B-2018-09, s.9

Landsretten tog ikke hensyn til, at bodens store værdi kunne være økonomisk optimal pga. den gav incitament til enten ikke at krænke pligten eller at foretage transaktionsspecifikke investeringer til begge parter og bl.a. modvirkede moral hazard adfærd. Rettens optimale juridiske bodsbetaling ved en fortrolighedspligt var lig med en erstatning efter de almindelige danske erstatningsregler.

Sø- & Handelsrettens, Vestre Landsret og Højesteret anvender ligeledes en rimelighedsbetragtning af bodsbetalingen ved en konkurrenceklausul ved vurdering af den økonomiske straf ved misligholdelse i forhold til de dokumenterede økonomiske gevinster ved transaktionen.

Sø- & Handelsretten har ved kendelse SH2002.H-0104-00 halveret en samlet konventionalbodsbetaling på 1,8 mio. kr. for 18 overtrædelser af en konkurrenceklausul til i alt 900.000 kr. Konkurrenceklausulen var indgået mellem to ligeværdige erhvervsparter, som led i et salg af aktiver fra familiens transportvirksomhed til en konkurrerende tredjepart, og aftalen blev indgået uden nogen form for svig eller bedrageri. Den sælgende part valgte efterfølgende at fortsætte driften af familie-virksomheden og tog kontakt til de tidligere kunder på den solgte kundeliste i strid med klausulen. Bodens størrelse blev fundet urimelig efter AFTL § 36 med hensyn til at den krænkede part ikke havde betalt særlig meget for henholdsvis goodwill og kundelister sammenholdt med den aftalte bodsbetaling¹¹⁹.

Samme udfald ses i to næsten identiske sager ved Højesteret og Vestre Landsret. I kendelsen U.2004.2894 H, hvor den samlede konventionalbodsbetaling ved 4 overtrædelser af en gyldig aftalt konkurrenceklausul, blev bodsbetalingen nedsat fra 2 mio. kr. til 350.000 kr. efter AFTL § 36. Højesteret stadfæstede landsrettens skønsmæssige fastsættelse af boden¹²⁰, der blev nedsat med

¹¹⁹ SH2002.H-104-00, s.5

¹²⁰ U.2004.2894 H, s.8

baggrund i koncipistreglen og særligt de økonomiske hensyn ved at den krænkede part ikke havde et dokumenteret indtjeningstab¹²¹.

I kendelsen U.2007.1949 V, der omhandlede en konkurrenceklausul for en afgangende direktør, som efterfølgende oprettede en konkurrerende virksomhed, stadfæstede Landsretten den skønsmæssige fastsættelse af bodsbetalingen til en fjerdedel af den aftalte bod¹²². Bodsbetalingen blev nedsat efter AFTL § 36 med baggrund i at den krænkende part endnu ikke havde opnået en omsætning og havde derfor ikke påført den krænkede part et indtjeningstab¹²³.

Rettens optimale juridiske bodsbetaling ved en konkurrenceklausul er dermed en lav værdi svarende til en erstatning efter de almindelige erstatningsregler og uden hensyn til efficiens betragtninger, dvs. bodens størrelse accepteres kun at udgøre en mindre værdi end den forventede erstatning. Det er en vurdering, som i høj grad minder om en erstatningsretlig vurdering af de faktiske økonomiske tab i lighed med Østre Landsrets dom ved en hemmeligholdelsesaftale¹²⁴.

De ovenstående kendelser ved konkurrenceklausuler er hverken vurderet efter funktionærloven eller aftalelovens § 38, og de er vurderet på samme baggrund som Virksomhedens fortrolighedserklæring vil blive ved domstols håndhævelse. Fælles er også, at de, ligesom ved østre landsrets kendelse om fortrolighedspligten, vedrører to erhvervsparters ex ante aftale om en konventionalbod til at regulere, enten hvor meget de er villige til at investere i samarbejdet eller til at give incitament til en ønsket ex post adfærd.

Tilsvarende vurdering af konventionalbodens værdi anvendes også i den udvalgte retspraksis vedrørende undladelsespligter i bilag A.: U.1920.823 Ø, U.1962.704/2 V, U.1967.940

¹²¹ U.2004.2894 H, s.6

¹²² U.2007.1949 V, s.5

¹²³ ibid s.4

¹²⁴ OE.2010.B-2018-09

V, U.1972.559 H, U.1994.841 H, U.1994.898 H, U.1999.66 H, og SH2003.V-0031-99¹²⁵. I disse kendelser synes der hverken ved faktum eller retsfaktum at fremgå forhold, hvortil der tages særlige hensyn til parternes omstændigheder eller aftalens gyldighed.

På denne baggrund har kendelserne alle den fælles karakteristika, at den juridiske vurdering af konventionalboden ved en undladelsespligt baseres på en konkret vurdering af bodsbetalingen sammenholdt med de samlede økonomiske værdier for transaktionen.

Bilag A er opbygget med en kronologisk gennemgang af dansk retspraksis vedrørende konventionalboder ved både undladelsespligter og handlepligter, hvor de udvalgte kendelser vedrører professionelle aftaleforhold med ligeværdige parter. De omhandler erhvervsforhold med to eller flere virksomheder eller erhvervsforhold med et ansættelsesforhold af en sådan karakter at bl.a. funktionærloven ikke finder anvendelse.

En vurdering af kendelserne i bilag A mht. retsfaktum og dommernes skønsmæssige vurdering kan opsummeres til, at retsfølgen ved en konventionalbod findes ved en vurdering af bodens relative værdi i forhold til den økonomiske værdi af retsfaktum. Dette er resultatet i 19 ud af 24 kendelser¹²⁶. Det må bemærkes, at aftalevilkåret om bodsbetaling ikke findes at være ugyldigt efter aftalelovens traditionelle ugyldighedsgrunde ved AFTL §§ 28-33, hvorfor retsfaktum ikke var tilstrækkelig klart til at der kunne anvendes ugyldighedsgrunde mht. svig, falskneri og lignende.

Det svarer til at fire ud af fem konventionalboder enten fastholdes eller nedsættes uden anden væsentlig aftaleretlig begrundelse end at bodens relative værdi skønnes rimelig eller urimelig ex post.

¹²⁵ Bilag A

¹²⁶ Bilag A: U.1920.823 Ø, U.1953.674 H, U.1962.704/2 V, U.1967.940 V, U.1968.120 S, U.1972.559 H, U.1974.583 V, U.1994.841 H, U.1994.898 H, U.1999.66 H, SH2002.H-0104-00, SH2003.V-0031-99, U.2004.2400 H, U.2004.2894 H, U.2007.1949 V, og OE2010.B-2018-09.

2.4. Fortrolighedspligt og pønalt konventionalbod

2.4.1. De fortrolige oplysninger

Virksomhedens generelle ønske til fortrolighedspligten er beskrevet i Case-beskrivelsen i afsnit 1.2. Den juridiske analyse af de relevante hensyn ved fortrolighedspligtens omfang og bodens betingelser kræver en mere konkret beskrivelse af de fortrolige oplysninger, hvorfor det er nødvendigt at gå et niveau op i detaljegraden.

De fortrolige oplysninger kan oplyses til følgende information som modparten kan få kendskab til i forbindelse med et samarbejde eller en transaktion med Virksomheden:

1. Virksomhedens produktbeskrivelse med en høj detaljegrade af elementer og faktorer tilknyttet det enkelte produkt,
2. Virksomhedens forretningsmodel inklusiv en vurdering af deres kunders præferencer i forhold til de enkelte produkter,
3. Virksomhedens liste af samarbejdspartnere, særligt dem, som leverer en konkurrerende ydelse til den pågældende samarbejdspartner eller leverer en vigtig ydelse til produktionen,
4. Virksomhedens kundeliste og prisliste, eksempelvis de kunder, der enten er profitable eller er afgørende for Virksomhedens omsætning og strategi, samt prissætningen til de forskellige kundesegmenter,
5. Virksomhedens vækststrategi, bl.a. anvendelsen af samarbejdspartnere og planer om en fremtidig ekspansion enten organisk eller ved opkøb,
6. Virksomhedens nøglemedarbejdere og deres opgaver og viden inklusiv lønstrukturen for disse medarbejdere,
7. Virksomhedens it-portal til intern administration af kunderne, særligt portalens struktur for brugeranvendelse hos medarbejderne og den bagvedliggende softwareudvikling,

8. Personoplysninger om Virksomhedens medarbejdere eller kunder, der reguleres af persondataloven eller andre lovgivningskrav,
9. Virksomhedens tvister med samarbejdspartneren inklusive alle forhold og detaljer ved løsning af en tvist ved domstol eller voldgift,
10. Virksomhedens interne korrespondance, der eksempelvis indeholder information beskrevet i ovenstående pkt.1-9 eller som kan beskrive Virksomhedens situationer med kunder, mulige brud på loven, eller forestående forhandlinger med nye samarbejdspartnere,
11. Virksomhedens navn, brand og omdømme beskyttes ved at Virksomheden beholder fuld kontrol over anvendelsen heraf, dvs. at samarbejdet ikke må offentliggøres eller at Virksomheden må ikke bruges som reference, og
12. Al anden virksomhedsinformation, som modparten får kendskab til om Virksomheden i tilknytning til samarbejdet, skal holdes fortroligt.

De fortrolige oplysninger er derved begrænset til ikke at indeholde tilgængelig information for modparten, hvilket forstås som information fra alment tilgængelige kanaler¹²⁷. De fortrolige oplysninger er dog ikke yderligere begrænset, da de fortrolige oplysninger inkluderer alle utilgængelige oplysninger, som modparten får kendskab til i forbindelse med samarbejdet. Særligt punkt 12 indeholder en bred vifte af ikke-definerede oplysninger, som ikke er indeholdt i de forudgående punkter.

Generelt kan information defineres til at være en given data, som er en informationsmængde udvalgt af afsenderen, der er knyttet til et medie¹²⁸. De fortrolige oplysninger fra punkt 1 til 12 falder alle under dette informationsbegreb. Det kan ved fortrolighedspligtens udformning være nødvendigt at differentiere mellem selve dataene, der normalt repræsenterer den økonomiske værdi,

¹²⁷ Andersen. 2011. Enkelte transaktioner, s.371

¹²⁸ ibid s.361

og så det medie, hvorpå information ligger. Mediet kan fx være en menneskelig tanke eller tale, et fysisk papir eller bog, en elektronisk lagring og lignende¹²⁹, hvorfor mediets karakteristika har betydning for, om mediet udgør en selvstændig økonomisk værdi eller ej¹³⁰.

De fortrolige oplysninger varierer meget i pligtens omfang, hvilket skyldes variationen i det konkrete afgrænsede data, samt hvilke medier denne data kan tilknyttes. Det ses bl.a. ved konkrete definitioner af produktbeskrivelser og kunde/prislistes, samt ved mere uklare beskrivelser af dataene og de mulige medier som intern korrespondance og al anden information. Beskrivelsen af den enkelte fortrolige oplysning har dertil betydning for, hvilken økonomisk værdi, den fortrolige oplysning har for Virksomheden, ved modpartens misligholdelse af fortrolighedspligten.

Fortrolighedserklæringens pligt kan derved både fremstå konkret og præcis, men også udtømmende og omfangsrig, og de fortrolige oplysninger kan kategoriseres efter disse væsentlige karakteristika.

Virksomhedens fortrolige oplysninger som produktbeskrivelse (pkt.1), kunde- og prislistes (pkt.4) og nøglemedarbejdere (pkt.6), kan have direkte betydning for Virksomhedens omsætning ved misligholdelse af fortrolighedspligten, hvorfor de repræsenterer en stor økonomisk værdi for Virksomheden. Modsat har oplysninger om Virksomhedens forretningsmodel (pkt.2), listen over samarbejdspartnere (pkt.3), vækststrategien (pkt.5), it-portalen (pkt.7), retlige tvister (pkt.9), den interne korrespondance (pkt.10), samarbejdets eksistens (pkt.11), samt al anden information kommet til kendskab under samarbejdet (pkt.12), alle en lav økonomisk værdi for Virksomheden, begrundet ved at det kan være svært at måle og dokumentere den direkte effekt ved misligholdelse af fortrolighedspligten. Dette uddybes i det følgende.

¹²⁹ Andersen. 2011. Enkelte transaktioner, s.361

¹³⁰ ibid s.364

Fortrolighed om produktbeskrivelsen er en konkret og begrænset substantiel pligt, hvor dataene er præcis beskrevet, men er ikke begrænset til et fast medie. Hemmeligholdelse af produktbeskrivelsen forebygger kopiering af produktet og fastholder en eventuel markedsførende rolle mht. produktet, ligesom Virksomheden gives incitament til produktudvikling. Et kopiproduct fra en konkurrent kan give Virksomheden et direkte målbart tab ved en mindre omsætning pga. øget konkurrence i form af faldende produktion eller lavere pris.

Det samme kan beskrives for Virksomheden ved hemmeligholdelse af deres kunde- og prislister, og af deres nøglemedarbejdere, hvor pligten til en vis grad er konkretiseret og dataene er begrænset. Fastholdelse af Virksomhedens kunder og det aftalte prisniveau har betydning for omsætningen, hvor tab af en kunde eller nedsættelse af prisen, vil medføre et direkte og målbart tab for Virksomheden mht. omsætning og overskudsgrad. Nøglemedarbejderes kendskab til Virksomheden og vidensniveau betyder, at et tab af denne medarbejder til en konkurrent kan medføre et indirekte og svært målbart tab. Men hvis nøglemedarbejderen har haft et tæt samarbejde med en eller flere af Virksomhedens kunder, øges risikoen for at tabet af medarbejderen også betyder tab af disse kunder, hvorfor der kan være et direkte og målbart tab herved i samme grad som ved kunde- og prislister.

Beskyttelse af de lovregulerede personoplysninger (pkt.8) kan ligeledes have en stor økonomisk værdi for Virksomheden, hvor pligten er præcis og dataene er begrænset til at være den gældende lovgivning. En misligholdelse, der medfører et lovbrud for Virksomhedens ansvar, kan risikere at pålægges bøde og erstatningsansvar, hvilket vil være et målbart økonomisk tab. Dertil kan et lovbrud medføre dårlig presseomtale overfor samarbejdspartnere og kunder, hvilket kan have en indirekte effekt på omsætning eller øge omkostninger til markedsføring for at udbedre imaget.

Samlet betyder dette, at de fortrolige oplysninger ved pkt.1, 4, 6 og 8 repræsenterer en stor økonomisk værdi for Virksomheden, idet pligten herved er konkret beskrevet og samtidigt har en tæt tilknytning til Virksomhedens regnskab. Der er her en sammenhæng mellem den økonomiske værdi og så hvor præcis dataene er beskrevet.

Oplysninger om forretningsmodellen og vækststrategien er tæt knyttet til Virksomhedens forretningsmæssige opbygning og prioriteringer, hvilket betyder at den beskyttede data ikke er afgrænset, men mere er udtryk for en matrix af data, der tilsammen udgør Virksomhedens forretningsmodel og vækststrategi. Oplysningerne kan både differentiere Virksomheden fra konkurrenterne og give Virksomheden chancen for at være "first mover" på markedet, begge en konkurrencemæssig fordel. Hemmeligholdelse kan være afgørende for at sikre at man opnår mest mulig vækst og profit ved at de identificerede muligheder ikke stjæles af en konkurrent uretmæssigt.

Den økonomiske effekt ved en misligholdelse af fortroligheden herved kan være svær at måle, da der ikke vil være historisk data for omsætningen på et nyt marked eller for et nyt produkt. Dertil vil der være stor usikkerhed forbundet med at skulle estimere sandsynligheden for at fx vækststrategiens mål ville være opnået og at den forventede profit ville være realiseret, såfremt fortrolighedspligten ikke havde været misligholdt.

Listen over samarbejdspartnere og leverandører har betydning for Virksomhedens omkostningsniveau, produktkvalitet og leveringsdygtighed overfor kunderne, hvor hemmeligholdelse kan sikre, at Virksomheden kan bibeholde de leverandører, der kan levere bedste kvalitet eller bedste pris. Den økonomiske effekt for virksomhed kan være indirekte i form af øgede omkostninger ved at skulle anvende den næstbedste leverandør eller tabte kundeordrer pga.

manglende overholdelse af leveringstider. Selvom dataene er konkrete og afgrænsede er den økonomiske effekt ikke nødvendigvis målbar.

Virksomhedens it-portal og dens opbygning og funktion, er ligesom forretningsmodellen og strategien en matrix af data, som ikke nødvendigvis kan afgrænses. Selve softwaren kan tænkes afgrænset som en immaterielrettighed, imens opbygningen og funktionen i højere grad er uafgrænset data. En velfungerende og tilpasset it-plattform er afgørende for Virksomhedens effektive produktion og håndtering af kunder, og der kan være investeret i en yderligere softwareudvikling på en kendt it-plattform i samarbejde med en it-leverandør.

Hemmeligholdelse af it-portalens såvel som den valgte it-leverandør kan betyde, at man ikke giver sine konkurrenter mulighed for at snylte på de investeringer og udviklinger, Virksomheden har foretaget i samarbejde med leverandøren. Det økonomiske tab for Virksomheden ved misligholdelse af fortrolighedspligten er indirekte i form af at konkurrenterne kan opnå samme effektivisering ved lavere omkostninger.

Samme argumentation kan føres mht. den uafgrænsede data ved oplysninger om retlige tvister, samarbejdets eksistens, intern korrespondance og al anden information, betyder at den økonomiske effekt for Virksomheden ved modpartens misligholdelse af fortrolighedspligten er mere indirekte og svært målbar mht. et økonomisk tab. Samlet betyder dette, at de fortrolige oplysninger ved pkt.2-3, pkt.5 og 7., samt pkt. 9-12, kan kategoriseres som at have en mindre økonomisk værdi.

Beskrivelsen af de fortrolige oplysninger risikerer at blive indskrænkende fortolket efter koncipist- eller minimumsreglen¹³¹, i de tilfælde, hvor definitionen på oplysningerne favner bredt. Særligt kan punkt 12 være af så omfangsrig og upræcis karakter at den falder for en indskrænkende fortolkning

¹³¹ Andersen. 2011. Enkelte transaktioner, s.375

til skade for Virksomheden, og disse oplysninger må derved have den mindste værdi for Virksomheden.

Det er dog nødvendigt ikke at afgrænse dataene for meget, da forskellige brudstykker af oplysninger, fx en intern e-mail og viden om en opgave for en nøglemedarbejder, kan forbindes i sådan en grad at de kan anvendes¹³². Derved vil værdien af de fortrolige oplysninger ikke de facto beskyttes¹³³.

2.4.2. Markedsføringslovens beskyttelse af fortrolige oplysninger

De fortrolige oplysninger kan beskyttes ved markedsføringsloven¹³⁴ (herefter MFL), hvorfor det er muligt for Virksomheden at mindske transaktionsomkostningerne ved ikke at skulle aftale en konventionalbod med modparten. Markedsføringslovens beskyttelse af de fortrolige oplysninger træder i kraft, når der indgås en fortrolighedsaftale om de pågældende informationer, der ønskes beskyttet¹³⁵. De fortrolige oplysninger skal dog opfylde tre krav for at kunne karakteriseres som en erhvervshemmelighed; at oplysningen kan identificeres som en information fx ved en kundeliste, prislister, oplysninger om underleverandører og lignende¹³⁶; at informationen faktisk er hemmelig og kun er kendt af parter underlagt en fortrolighedspligt¹³⁷; og at hemmeligheden knytter sig til en erhvervsvirksomhed, dvs. at oplysningen har en vis værdi¹³⁸.

Virksomhedens fortrolige oplysninger ved punkt 1-12 er alle oplysninger, der opfylder kravet om at informationen kan identificeres, uagtet af dataene ikke nødvendigvis er afgrænset, og at

¹³² Andersen. 2011. Enkelte transaktioner, s.365

¹³³ ibid s.375

¹³⁴ Markedsføringsloven, LOV nr. 1389 af 21.12.2005 ved LBK nr. 58 af 20.01.2012

¹³⁵ Andersen. 2011. Enkelte transaktioner, s.367

¹³⁶ ibid s.369

¹³⁷ ibid s.369

¹³⁸ ibid s.370

informationen har en værdi for Virksomheden. Dét at oplysningen i teorien kan nyttiggøres af Virksomheden er tilstrækkeligt til at konstatere, at oplysningen har en vis værdi¹³⁹.

Det er usikkert om alle oplysningerne kan karakteriseres som hemmelige, da bl.a. oplysninger som identiteten på nøglemedarbejdere og deres opgaver, den interne korrespondance og om samarbejdets eksistens kan være kendt af alle medarbejdere i Virksomheden eller af en tredjepart uden at oplysningen er underlagt en fortrolighedspligt. Dette vil bl.a. afhænge af, hvordan Virksomhedens interne processer sikrer en kontrolleret adgang til oplysningerne¹⁴⁰, samt de arbejdsretlige regler mellem Virksomheden og dens arbejdstagere.

Virksomheden bør sikre at både deres egne medarbejdere, samt samarbejdspartnerens medarbejdere, pålægges en tilsvarende fortrolighedspligt som ved fortrolighedserklæring¹⁴¹, og fortrolighedserklæringen kan eksempelvis tilføjes et bilag, der oplister de personer, der har adgang til visse af de fortrolige oplysninger¹⁴².

Det betyder, at de fortrolige oplysninger kun er beskyttet af MFL § 19 ved anvendelse og indgåelse af fortrolighedserklæringen, i det omfang Virksomhedens interne processer sikrer, at oplysningerne de facto er hemmelige. Hvorvidt de fortrolige oplysninger kan karakteriseres som erhvervshemmeligheder afhænger af en konkret og skønsmæssig vurdering i det tilfælde en modpart anvender eller videregiver oplysninger.

De fortrolige oplysninger ved Virksomhedens nøglemedarbejdere og deres arbejdsopgaver ved pkt.6, den interne korrespondance ved pkt.10, og særligt al anden information ved pkt.12, kan risikere ikke at være de facto hemmelige grundet oplysningernes karakter. Det skyldes, at det må

¹³⁹ Andersen. 2011. Enkelte transaktioner, s.370

¹⁴⁰ *ibid* s.370

¹⁴¹ *ibid* s.379

¹⁴² *ibid* s.377

antages at være særdeles vanskeligt at begrænse persongruppen, der kan eller får kendskab til disse oplysninger, samtidigt med at man sikrer så smidige og funktionelle arbejdsgange som muligt.

Der gives en særligt mulighed for kompensation ved markedsføringslovens vederlagsregel, der kan anvendes uanset om der foreligger et ansvarsgrundlag, såfremt Virksomhedens fortrolige oplysninger er krænket i strid med markedsføringsloven, jf. MFL § 20, stk.4. Denne vederlagsregel er særlig anvendelig pga. det nævnte dokumentationsproblem mht. hvordan krænkelsen er opstået, bl.a. grundet den øgede mulighed for modparten til at genskabe oplysningerne fra det oprindelige medie til et nyt medie¹⁴³.

Derudover er der mulighed for forbud ved MFL § 19, stk.2¹⁴⁴ og strafferetlige sanktioner ved misligholdelse af forbuddet¹⁴⁵. Forbuddet hindrer at offentliggørelsen af erhvervshemmeligheden ikke fortsætter efter krænkelsen, og såfremt der kan påvises et ansvarsgrundlag, kan der tilkendes økonomisk kompensation i form af en erstatning udmålt efter de almindelige erstatningsregler samt et skønsmæssigt vederlag, jf. MFL § 20, stk.2 og stk.3.

Vederlagsreglen i markedsføringsloven § 20, stk.3 og 4 blev indført ved en større revidering i 2005 og reglen består uændret i den gældende lovbekendtgørelse¹⁴⁶. Formålet er beskrevet i lovforslagets specielle bemærkninger¹⁴⁷, hvor det bl.a. fremgår, at der er hentet inspiration i den vederlagsregel, der allerede eksisterede i immaterialretten, og som giver mulighed for at få tilkendt både vederlag og erstatning for en krænkelse¹⁴⁸.

¹⁴³ Andersen. 2011. Enkelte transaktioner, s.378

¹⁴⁴ ibid s.370

¹⁴⁵ ibid s.371 og 372

¹⁴⁶ LBK nr. 58 af 20.01.2012

¹⁴⁷ Forslag til lov om markedsføring, 2005/1 LSF 13. Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser.

¹⁴⁸ ibid, Bemærkninger til § 18, til stk.3 og 4

Reglen skal gøre op med den krænkende parts begrænsede mulighed for kompensation ved en uberettiget berigelse, da de almindelige erstatningsregler ikke i tilstrækkelig grad beskytter den krænkede part og medtager de fulde økonomiske konsekvenser af en krænkelse¹⁴⁹. Der ønskes dermed, at der i erstatningsudmåling medtages et skøn over tabet ved markedsforstyrrelsen, samt et skøn over den berigelse, som den krænkende part har opnået¹⁵⁰. Reglen forventedes primært at blive anvendt ved produktefterligninger, men kan også anvendes ved andre krænkelser af loven såsom uretmæssig udnyttelse af en virksomheds beskyttelsesværdige viden og information¹⁵¹.

Vederlagsreglen kan forstås som indførelse af hjemmel til domstolene til at tilkende en større samlet kompensation end det tidligere var muligt ved de almindelige erstatningsregler, da der nu både kan tilkendes erstatning og et skønsmæssigt vederlag for krænkelsen, eller kun et skønsmæssigt vederlag i de tilfælde, hvor der ikke almindeligvis kan tilkendes erstatning. Dertil kan anvendelsen af MFL § 20, stk.3 og 4 anses for at være knyttet til vederlagsreglen for immaterielrettigheder, hvor reglen om et rimeligt vederlag har eksisteret siden 1967¹⁵².

Vederlagskompensationen har derved en nedre beløbsgrænse til at være større end det dokumenterede tab, da vederlaget skal have en sådan størrelse, at den krænkede part har en økonomisk nytte af det¹⁵³. Det betyder, at værdien af det rimelige vederlag (Y), hvor værdien af erstatningen er X, kan beskrives som $Y > X$. Vederlagsreglen giver som udgangspunkt mulighed for en samlet kompensation på henholdsvis $Y+X$ eller kun Y.

¹⁴⁹ Forslag til lov om markedsføring, 2005/1 LSF 13. Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser.

Bemærkninger til § 18, til stk.3 og 4

¹⁵⁰ ibid

¹⁵¹ ibid

¹⁵² Riis. 2005. Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s.225

¹⁵³ ibid s.233 og 234

Kompensationen er underlagt domstolenes praksis med en skønsmæssig vurdering¹⁵⁴. Domstolenes anvendelse af vederlagsreglen betyder derfor, at en krænkelse af de fortrolige oplysninger typisk beskyttes ved en samlet kompensation på Y, dvs. kun ved tilkendelse af det rimelige vederlag¹⁵⁵. Vederlagsreglen giver stadig en vis øget beskyttelse af Virksomhedens fortrolige oplysninger sammenholdt med de almindelige erstatningsregler, særligt når disse oplysninger udgør en mere abstrakt værdi¹⁵⁶, hvilket er i tråd med reglens formål.

Problemet med vederlagsreglen ligger i anvendelsen af den hypotetiske aftalesituation, hvor det kan være umuligt at foretage den optimale ex ante beregning af det rimelige vederlag, særligt når reglen forudsætter at tabet ved krænkelsen, dvs. den krænkedes parts reservationspris, er mindre end gevinsten¹⁵⁷. Reglen løser ikke informationsproblemet ved den krænkedes parts reservationspris for oplysningerne, og i stedet risikeres det, at der fokuseres på de ex post faktiske økonomiske effekter af krænkelsen, hvilket vil være den krænkende parts værdi af gevinsten¹⁵⁸.

Misligholdelse af fortrolige oplysninger som fx vækststrategien, en retlig tvist, eller den interne korrespondance, der som nævnt har en lav værdi, kan sjældent tænkes have et egentlig marked med en pålidelig prissætning, og samtidigt kan være svært for Virksomheden at dokumentere en konkret økonomisk gevinst for modparten herved. At modparten har en gevinst må normalt antages at være begrundelsen for misligholdelse, men det er ikke nødvendigvis årsagen i alle tilfælde, da hændelighed eller uagtsomhed ligeledes kan være skyld heri. Virksomhedens bevisbyrde mht. modpartens gevinst ved misligholdelse af en fortrolig oplysning med lav værdi, begrænser de facto effekten af vederlagsreglen.

¹⁵⁴ Riis. 2005. Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s.250

¹⁵⁵ *ibid* s.238

¹⁵⁶ *ibid* s.233 og 243

¹⁵⁷ *ibid* s.233

¹⁵⁸ *ibid* s.233

Dertil må den skønsmæssige vurdering ved anvendelse af vederlagsreglen betyde, at compensation herved anses for at være mindre end ved en analog anvendelse af købelovens vederlagsprincip ved § 5.¹⁵⁹ Det skyldes, at vederlagsreglen pålægger den krænkede part bevisbyrden, hvilket er modsat bevisbyrden ved KBL § 5. Dertil kan compensation ved vederlagsreglen anses for at være mindre end ved købelovens vederlagsprincip, når man ved en ordlydsfortolkning vurderer forskellen på rimelighed og ubillighed¹⁶⁰.

Den praktiske betydning af dette er ikke, at købelovens vederlagsprincip kan anvendes analogt til at beskytte Virksomhedens fortrolige oplysninger, men at vederlagsreglen i markedsføringsloven har en øvre grænse. Denne grænse er lavere end domstolenes fastsættelse af et vederlag, som ikke kan anses for ubilligt, og hvor det er modparten (krænkeren), som har bevisbyrden.

Samlet giver vederlagsreglen mulighed for en større økonomisk compensation ved krænkelser af Virksomhedens fortrolighedspligt, end ved en normal erstatningsudmåling, men det er usikkert om alle de fortrolige oplysninger vil beskyttes af markedsføringsloven som en erhvervshemmelighed. Dette afhænger af en konkret vurdering ved en modparts uretmæssige anvendelse eller videregivelse af oplysningen, hvorfor Virksomheden ikke kan opnå en ex ante sikkerhed herfor.

Vederlagsreglen minder til dels om Leong og Lengs genopretningserstatning, hvor der gives en udvidet mulighed for compensation, selvom der ikke er et økonomisk tab, men dog tager vederlagsreglen udgangspunkt i en rimelig betaling baseret på Virksomhedens egne økonomiske forhold. Vederlagsreglen anvendelse i praksis er ikke baseret på at genoprette uretten ved modpartens bevidste forseelse og den uberettigede berigelse herved, og det må antages at den

¹⁵⁹ Købeloven, lov nr. 102 af 06.04.1906 ved LBK nr.237 af 28/03/2003

¹⁶⁰ Riis. 2005. Enerettigheder og vederlagsrettigheder, s.249

økonomiske kompensation ved Leong og Lengs genopretningserstatning er større end ved dansk rets fortolkning af vederlagsreglen.

Det kan ikke med sikkerhed konstateres at markedsføringslovens vederlagsregel i tilstrækkelig grad beskytter Virksomhedens fortrolige oplysninger til at der opnås en efficiens. Der varetages ikke nødvendigvis hensyn til ex ante betragtninger, ligesom visse fortrolige oplysninger enten ikke kan beskyttes som en fortrolig oplysning eller kan estimeres til et rimeligt vederlag grundet det fundamentale problem ved den hypotetiske aftalesituation og værdiestimering af hemmelige virksomhedsoplysninger.

Omfanget af de fortrolige oplysninger og undladelsespligten herved bør derfor vurderes med en bodsbetaling for at undersøge muligheden for at opnå større sikkerhed for en efficient retsfølge ved modpartens misligholdelse af fortrolighedspligten.

2.4.3. De relevante hensyn ved dansk ret

Det tidsmæssige omfang af fortrolighedspligten bør så vidt muligt beskrives for modparten mht. start- og sluttidspunkt for pligten, sådan at tidsrummet afgrænses for at bodsbetalingen er i kraft¹⁶¹. Dette skal dog ske i tilknytning med, hvilke medier de fortrolige oplysninger kan tænkes at ligge på og komme til kendskab, sådan at pligten ikke kommer til at mangle relevante medier. Det medie, som de fortrolige oplysninger er knyttet til, kan variere pga. Virksomheden ikke nødvendigvis har fuld kontrol med, hvordan oplysningerne kommer til kundskab hos modparten. Pligten ikke bør afgrænses til specifikke medier og det tidsmæssige omfang skal tage højde herfor.

¹⁶¹ Andersen. 2009. Praktisk aftaleret, s.397

Dertil kan der tilknyttes en handlingspligt til fortrolighedspligten og tillige beskrives de relevante forhold som modparten har mulighed for at påvirke mht. misligholdelse¹⁶². Handlingspligten bør både bestå af en tilbageleverings- og destruktionspligt, samt en tidsubegrænset aktiv overholdelsespligt, dvs. henholdsvis en pligt til at destruere de medier, hvor de fortrolige oplysninger er knyttet, samt en pligt til at følge fortrolighedsaftalen i ubegrænset tid efter samarbejdets ophør.

Begge pligter er nødvendige for at sikre, at såvel de fysiske som ikke-fysiske medier, der er knyttet til de fortrolige oplysninger, ikke kan anvendes uretmæssigt af modparten, og at de fortrolige oplysninger ikke videregives til tredjemand. Den tidsubegrænsede fortrolighedspligt er rettet mod den viden, der er knyttet til den menneskelige hjerne, der naturligvis ikke kan blive omfattet af destruktionspligten.

Beskrivelsen af de fortrolige oplysninger og det tidsmæssige omfang minimerer til dels problemet ved undladelsespligtens ex ante uoverskuelighed for parterne, imens destruktionspligten vil danne et tydeligt ansvarsgrundlag hos modparten og derved imødekomme kravet om at en Pønalbod kun udløses ved misligholdelse med et ansvarsgrundlag. Dertil vil destruktionspligten i sig selv minimere risikoen for misligholdelse, ved at reducere antallet af medier, hvor den fortrolige information er tilknyttet.

En fortrolighedspligt med konventionalbod er som tidligere nævnt behandlet ved Østre landsrets kendelse OE2010.B-2018-09. Østre landsrets kendelse anvendes til at sandsynliggøre håndhævelse af en konventionalbod ved fortrolige oplysninger, særligt dem der har en stor økonomisk værdi for Virksomheden. Den forudgående byrets kendelse anvendes til at differentiere mellem fortrolige oplysninger med henholdsvis en lav værdi og stor værdi.

¹⁶² Andersen. 2009. Praktisk aftaleret, s.397

Kendelsen omhandlede en hemmeligholdelsesaftale, hvor den misligholdende part (herefter Modparten) ikke måtte anvende en konkret beskrevet information fra den krænkede part (herefter A), som Modparten fik kendskab til i forbindelse med forhandlinger om et salg af A's virksomhed¹⁶³. Modparten misligholdte ved at overtage fire af A's medarbejdere, heraf to lærlinge, samt at indlede et kundeforhold med fem af A's kunder¹⁶⁴, kort efter A gik konkurs.

Hemmeligholdelsesaftalen indeholdt bl.a. to undladelsespligter, hvor Modparten forpligtigede sig til ikke at indgå aftale med enten A's ansatte eller kunder, medmindre A's virksomhed blev solgt til modparten¹⁶⁵ (citater):

*"8.1. Køber forpligter sig til i 12 måneder ikke at indgå ansættelsesaftaler med medarbejdere, der på tidspunkt for dennes aftales indgåelse er ansat eller senere er blevet ansat hos Sælger."*¹⁶⁶

*"8.2. Denne forpligtigelse bortfalder dog, såfremt de igangværende forhandlinger med Køber fører til, at Køber endeligt erhverver Sælgers virksomhed."*¹⁶⁷

*"9.1. Køber forpligtiger sig til – i 12 måneder at regne fra Aftaledagen – ikke at indlede forretningsmæssigt samarbejde med Sælgers kunder, med mindre Køber kan dokumentere, at han forinden Aftaledagen har haft sådan et arbejde inden for de seneste 12 måneder forud for Aftaledagen og kan fremlægge dokumentation herfor i form af faktura(er)."*¹⁶⁸

Den fortrolige information er her begrænset til at vedrøre medarbejdere og kunder hos A, og uanset hvilket medie Modparten har erhvervet sig oplysningerne, må Modparten ikke anvende disse oplysninger. Dertil er undladelsespligten tidsmæssigt begrænset til et år.

¹⁶³ OE2010.B-2018-09, s.1

¹⁶⁴ ibid s.7

¹⁶⁵ ibid s.7

¹⁶⁶ ibid s.7: Hemmeligholdelsesaftalens § 8.1

¹⁶⁷ ibid s.7: Hemmeligholdelsesaftalens § 8.2

¹⁶⁸ ibid s.7: Hemmeligholdelsesaftalens § 9.1

A giver udtryk for at sådan en aftale generelt er nødvendig i forbindelse med virksomhedsoverdragelser¹⁶⁹, og formålet med aftalen var da også at beskytte A's kundegrundlag og afskrække en uberettiget udnyttelse af de oplysninger, som Modparten modtog¹⁷⁰. Oplysningerne om A's medarbejdere var særlig følsomme pga. medarbejderne havde direkte kontakt til og tæt samarbejde med A's kunder, og der var risiko for, at Modparten kunne overtage kunderne ved at overtage A's ansatte. Disse oplysninger kan anses for at være tilsvarende Virksomhedens fortrolige oplysninger med en stor værdi, fx ved at oplysninger om A's kunder er lig Virksomhedens fortrolige oplysninger pkt.4 vedrørende kundelister og prislister og pkt.6 vedrørende nøglemedarbejdere.

Oplysningerne har udgjort en stor økonomisk værdi for A og det var vigtigt, at Modparten ikke kunne erhverve oplysningerne gratis uden at købe virksomheden¹⁷¹, hvorfor hemmeligholdelsesaftalen indeholdte en konventionalbodsbetaling på DKK 300.000 pr. overtrædelse (citater):

*"10.2. Enhver overtrædelse af aftalen af Køber berettiger Sælger til straks at afkræve Køber en konventionalbod på kr. 300.000,00 i hvert enkelt tilfælde, en sådan misligholdelse finder sted. Betaling af sådan en bod fritager ikke Køber for fortsat at opfylde sine forpligtelser i henhold til aftalen. Købers betaling af den aftalte konventionalbod udelukker ikke Sælgers ret til herudover at forlange og modtage skadeserstatning for ethvert dokumenteret tab."*¹⁷²

A's formål med boden har det til fælles med Virksomheden, at værdien af de fortrolige oplysninger skal beskyttes, sådan at modparten ikke får mulighed for at erhverve og anvende oplysningerne uretmæssigt, og derved udvande værdien af oplysningerne. Bodsbetalingen kan på baggrund heraf

¹⁶⁹ OE2010.B-2018-09, s.1

¹⁷⁰ Ibid s.7

¹⁷¹ Ibid s.4

¹⁷² Ibid s.7: Hemmeligholdelsesaftalens § 10.2

være udtryk for, at A forsøgte at allokere risikoen optimalt ex ante, ved at modpartens gevinst ved misligholdelse fordeles mellem parterne, og at boden skal give incitament til at modparten investerer i forhandlingerne, da det er modparten som kan misligholde pligten. Dette kan begrunde bodsbetalingens størrelse, da hemmeligholdelsesaftalens § 10 må karakteriseres som en Pønalbod frem for en Afhjælpningsbod.

Boden fremstår hverken som en estimering af A's tab ved en misligholdelse af aftalen eller at boden skal udgøre det samlede erstatningskrav fra A mod modparten, da det er muligt at tillægge erstatningskrav for dokumenterede tab. Ved at konventionalboden skulle hindre modpartens gratis erhvervelse af oplysningerne¹⁷³, kan bodsbetalingen på 300.000 kr. pr. overtrædelse dog anses som en estimering af det vederlag, som A mente oplysningerne var værd, såfremt de skulle sælges separat. Ved domsbehandling forsøgte A ikke at dokumentere et tab ved modpartens misligholdelse, og et erstatningsretligt krav ved markedsføringsloven eller de almindelige erstatningsregler var ligeledes ikke et anbringende¹⁷⁴.

Byretten håndhævede Pønalboden i syv ud af de ni tilfælde af modpartens misligholdelse, hvor retten vurderede at værdien af to af overtrædelserne, modpartens ansættelse af A's to lærlinge, til at have en betydelig mindre værdi pga. lærlingenes manglende kundekontakt¹⁷⁵. Byretten nedsatte derved bodsbetalingen til 50.000 kr. pr. overtrædelse mht. modpartens ansættelse af A's lærlinge, imens retten håndhævede bodsbetalingen for de syv andre overtrædelser. Der blev lagt vægt på, at boden ikke stod i misforhold til modpartens efterfølgende omsætning på de fem kunder og at parterne var professionelle og ligeværdige¹⁷⁶.

¹⁷³ OE2010.B-2018-09, s.1

¹⁷⁴ *ibid* s.1

¹⁷⁵ *ibid* s.7

¹⁷⁶ *ibid* s.7

Byrettens skønsmæssige nedsættelse ved lærlingene kan betragtes en ex ante estimering af værdien af denne oplysning, såfremt parterne havde valgt at lave en partiel bodsbetaling af de konkrete forhold. Formålet med at beskytte A's værdifulde oplysninger ved hemmeligholdelsesaftalen må anses for at være modstridende med at bodsbetalingen er samme størrelse ved oplysninger om A's lærlinge, som ved A's fastansatte eller kunder.

Ved denne fortolkning kan byrettens kendelse forstås som, at bodsbetalingen håndhæves ved fortrolige oplysninger, men at det er nødvendigt at differentiere bodsbetaling for henholdsvis oplysninger af stor værdi og lav værdi. Dertil havde konventionalboden et klart ansvarsgrundlag ved at hemmeligholdelsesaftalens §§ 8 og 9 kræver en bevidst handling fra modparten for at blive misligholdt, dvs. pligten kunne ikke være blevet misligholdt uden en handling fra modparten, hvilket også blev lagt til grund af byretten.

Landsretten modificerede Pønalboden til i alt 500.000 kr., selvom retten anerkendte at begge bestemmelser i hemmeligholdelsesaftalen var overtrådt i det nævnte omfang af byretten¹⁷⁷. Der blev lagt vægt på at A's væsentligste aktiver efterfølgende var blevet solgt af konkursboet for 1 mio. kr., og at modparten ved de fem kunder havde opgjort en væsentlig lavere indtjening i forhold til bodens størrelse¹⁷⁸. Hvor byrettens skøn i højere grad var anlagt på en ex ante estimering af oplysningernes værdi og hensyn til parternes karakter, så var landsretten en ex post estimering i forhold til indtjeningen.

Dertil synes det for landsretten at have haft en formildende effekt på modpartens ansvar, at den tidligere direktør for A, efter konkursen til en vis grad havde foranlediget modpartens misligholdelse af aftalens § 8 mht. ansættelse af en af A's fastansatte og af begge A's lærlinge¹⁷⁹.

¹⁷⁷ OE2010.B-2018-09, s.9

¹⁷⁸ ibid s.9

¹⁷⁹ ibid s.8-9

Det er uklart i kendelsen, om de fortrolige oplysninger med en ex ante lav værdi for A blev helt afskåret fra håndhævelse, og/eller om alle fire overtrædelser af aftalens § 8 ikke blev håndhævet pga. et element af egen skyld hos A.

Det kan konstateres, at de oplysninger med en stor økonomisk værdi for A, som minimum de fem overtrædelser af aftalens § 9, blev modificeret til mindst en tredjedel af bodsbetalingen. Landsrettens modificering må anses for at være en anvendelse af afstandskriteriet, hvor boden sammenholdes med de faktiske økonomiske værdier ved kundeforholdet, og særligt et fokus på faktisk indtjening frem for omsætningen, der kan udmåles ved de almindelige erstatningsregler. Pønalboden blev derved også modificeret for de fortrolige oplysninger med en høj værdi, selvom der var et klart ansvarsgrundlag, og uagtet at der ikke var et element af egen skyld ved krænkelser af disse oplysninger.

Sagens retsfaktum har betydet, at Landsretten har vægtet genopretningshensynet højere end præventionshensynet. Det kan bl.a. skyldes, at bodsbetalingens størrelse ofte er af sekundær betydning og derfor ikke har været genstand for en aktiv forhandling, at det kan være udtryk for den ene parts opportunisme til skade for modparten, eller at parternes begrænsede rationalitet gør at boden ikke tager højde for alle situationer¹⁸⁰. Det fremgår af kendelsen, at bodsbetalingen var af sekundær betydning for modparten i forhold til selve aftalen om hemmeligholdelse, at der manglede en konkret økonomisk begrundelse for bodens størrelse udover præventionshensynet, og at boden ikke varetog et klarhedshensyn pga. muligheden for yderligere erstatningskrav.

Det er ikke tilstrækkeligt at have et klart ansvarsgrundlag ved misligholdelse af fortrolighedspligten, for at konventionalboden kan beskytte Virksomhedens fortrolige oplysninger. Bodsbetalingen bør være den udtømmende erstatningsmulighed for Virksomheden ved modpartens

¹⁸⁰ Gomard. 2009. Almindelig kontraktsret, s.200

misligholdelse. Det kan være svært at begrunde, at man både udformer en bodsbetaling, som skal tage højde for bl.a. en genopretningskompensation, en allokering af parternes risiko, investeringsincitament og have en præventiv effekt, og samtidigt bevare en mulighed for Virksomheden til at kræve yderligere erstatning af modparten.

Den økonomiske risiko, der måtte eksistere udover det indeholdte i bodsbetalingen, kan næppe tillægges en af parterne at være nærmest til at bære, og samtidigt vil en yderligere erstatning være i modstrid med selve rationalet for bodens estimering.

Dertil bør bodsbetalingen tage højde for, at den økonomiske værdi ved de fortrolige oplysninger varierer, sådan at boden skal gradueres i forhold til tabstypen ved misligholdelse. Kombineret med at boden udgør den udtømmende mulighed for erstatning, vil boden i højere grad varetage et klarhedshensyn med hensyn til Virksomhedens estimerede tab.

Bodsbetalingen bør medregne en grad af egen skyld ved estimering af værdien ved de fortrolige oplysninger, hvilket særligt må forventes at være en risiko ved de fortrolige oplysninger pkt.10 og 12, hvor en stor del af både Virksomhedens og modpartens ansatte har adgang til oplysninger pga. det tilknyttede medies form, fx ved elektronisk korrespondance.

Hemmeligholdelsesaftalen minder i høj grad om en konkurrenceklausul, da sagens kerne var beskyttelse af oplysninger om kundekredsen fra konkurrenterne, og at sikre betaling for overdragelse af kunderne. Forskellen på hemmeligholdelsesaftalen og en konkurrenceklausul er dog, at der ikke betales et vederlag til modparten for at påtage sig fortrolighedspligten, imens at der modtages et vederlag for at påtage sig konkurrenceklausulen ved salg af virksomheden bl.a. i form af betalt goodwill.

I bilag A er der opgjort femten kendelser vedrørende konkurrenceklausuler i erhvervsforhold, hvoraf konventionalboden håndhæves i mere end halvdelen af kendelserne¹⁸¹, imens boden er modificeret og nedsat i syv af kendelserne¹⁸². Ved fire ud af de seks nyeste kendelser fra år 2002 og frem, er begrundelsen primært en vurdering af de økonomiske værdier, og særligt en vurdering af misligholdelsens effekt på den krænkedes parts indtjeningsmuligheder eller af den betalte goodwill sammenholdt med bodsbetalingen¹⁸³. Ved de andre to kendelser har den økonomiske værdi været en subsidiær begrundelse, og kendelserne er i højere grad udtryk for, at der var andre væsentlige konkrete aftaleretlige forhold som begrundelse¹⁸⁴.

Det må bemærkes i disse seks kendelser, at misligholdelsen ikke påførte den krænkede part et dokumenteret tab, og at domstolene har fastholdt bodsbetaling i tre kendelser og en vis bodsbetaling i de andre tre kendelser efter modificering ved AFTL § 36. Dertil er modificeringen af bodsbetalingen ved konkurrenceklausulerne¹⁸⁵ mindre indgribende end ved kendelsen vedrørende en hemmelighedsaftale¹⁸⁶, hvis man beregner den aftalte konventionalbod og antallet af konstaterede misligholdelser, og så forskellen til den faktisk tilkendte bodsbetaling.

Dette ses bl.a. ved kendelsen SH2011.H-0072-09, hvori rollerne er byttet om i forhold til kendelsen om hemmeligholdelsesaftalen, dvs. det er sælgeren af virksomheden og af de fortrolige oplysninger, som er den misligholdende part.

¹⁸¹ Bilag A: U.1962.704/2 V, U.1972.369/2 H, U.1972.559 H, U.1994.841 H, U.1999.66 H, SH2003.V-0031-99, U.2009.2180 H, og SH.2011.H-0072-09

¹⁸² Bilag A: U.1920.823 Ø, U.1967.940 V, U.1979.931 Ø, U.1985.600 H, SH2002.H-0104-00, U.2004.2894 H, og U.2007.1949 V

¹⁸³ Bilag A: SH2002.H-0104-00, SH2003.V-0031-99, U.2007.1949 V, og SH.2011.H-0072-09

¹⁸⁴ Bilag A: U.2004.2894 H og U.2009.2180 H

¹⁸⁵ Bilag A: Bodsbetaling er nedsat med gennemsnitligt 35 % i seks nyeste kendelser og med 39 % i alle femten kendelser.

¹⁸⁶ Bilag A: Bodden er nedsat med 83 % i kendelse OE2010.B-2018-09

Parterne havde i forbindelse med aktieoverdragelsesaftalen også aftalt en tidsmæssigt begrænset konkurrenceklausul¹⁸⁷, med en konventionalbod på SEK 250.000 pr. overtrædelse af konkurrenceklausulen samt at tab udover bodens værdi skulle erstattes¹⁸⁸. Der kunne påvises én misligholdelse i form af, at sælgeren efterfølgende havde rådgivet en konkurrent ved e-mail¹⁸⁹ og derved overtrådt klausulen ved at udføre en konsulentopgave¹⁹⁰. Køberen kunne hverken dokumentere et faktisk tab herved eller en berigelse til sælgeren for sin misligholdelse¹⁹¹, men bodsbetalingen blev håndhævet fuldt ud ved SØ- & Handelsretten¹⁹².

Denne forskel i retsreglen for henholdsvis en fortrolighedspligt og konkurrenceklausul kan være udtryk for, at ved at aftale en modydelse til undladelsespligten anses konventionalboden for mere rimelig. Derved mindskes graden af modificering ved domstolene, selvom der ikke dokumenteres et direkte økonomisk tab.

2.4.4. De relevante hensyn ved DCFR

Den akademiske bog Draft Common Frame of Reference (herefter DCFR) er udarbejdet af to retskyndige grupper og er resultatet af undersøgelser og samarbejder om privatret, komparativ ret, og EU ret¹⁹³. Formålet med DCFR er at skabe et udgangspunkt og inspiration for en fælles europæisk lovgivning på privatretsområdet¹⁹⁴, dvs. en Common Frame of Reference (herefter CFR). Konciperingen og strukturen af bestemmelserne i DCFR bog III om rettigheder og forpligtelser indenfor og udenfor kontrakt er udformet sådan, at de på sigt kan anvendes i en samlet

¹⁸⁷ SH2011.H-0072-09, s.1: Klausulens § 8, stk.1

¹⁸⁸ ibid s.1: Klausulens § 8, stk.3

¹⁸⁹ ibid s.3

¹⁹⁰ ibid s.1: Klausulens § 8, stk.2, D

¹⁹¹ ibid s.3

¹⁹² ibid s.3-4

¹⁹³ Draft Common Frame of Reference Outline Edition. 2009. s.6

¹⁹⁴ ibid s.7

lovbog (CFR) uden væsentlige ændringer¹⁹⁵. DCFRs kontrakt- og obligationsretlige bestemmelser giver derved den bedste normalløsning for vurderingen af en konventionalbod i de europæiske lande.

DCFR accepterer som udgangspunkt, at Virksomheden kan aftale betaling af konventionalbod¹⁹⁶ ved modpartens misligholdelse¹⁹⁷, uanset om modparten er skyld i misligholdelsen¹⁹⁸, og at boden håndhæves uanset om Virksomheden har lidt et faktisk tab¹⁹⁹. Dette undtages dog ved, at boden kan nedsættes til et rimeligt beløb, såfremt boden er ubillig (usædvanlig stor) sammenholdt med det faktiske tab ved misligholdelse og de øvrige relevante forhold²⁰⁰ (herefter undtagelsesbestemmelsen). Det må bemærkes, at bog III vedrører rettigheder og pligter ved alle transaktioner, dvs. både professionelle erhvervskontrakter og ved forbrugerkontrakter²⁰¹, hvorfor undtagelsesbestemmelsen og dens anvendelse skal sættes i dette perspektiv.

Det fremgår af de præceptive fortolkningsbestemmelser²⁰², at der er forskel på standarden for urimelighed ved standardvilkår for henholdsvis forbrugere²⁰³ og professionelle erhvervsdrivende²⁰⁴. Der anvendes en mere tilbageholden urimelighedsfortolkning ved erhvervskontrakters standardvilkår²⁰⁵, og undtagelsesbestemmelsen bør derved fortolkes i henhold til denne standard

¹⁹⁵ Draft Common Frame of Reference Outline Edition. 2009. s.28

¹⁹⁶ Stipulated payment

¹⁹⁷ Draft Common Frame of Reference Outline Edition. 2009. s.253: Art. III.-3:712 DCFR

¹⁹⁸ ibid s.229: Art. III.-1:102 (3) DCFR

¹⁹⁹ ibid s.253: Art. III.-3:712 (1) DCFR

²⁰⁰ ibid s.253: Art. III.-3:712 (2) DCFR

²⁰¹ Draft Common Frame of Reference Outline Edition. 2009. s.229: Art. III.-1:101 DCFR

²⁰² ibid s.224: DCFR bog II, kapitel 9, afsnit 4

²⁰³ ibid s.224: Art. II.-9:403 DCFR

²⁰⁴ ibid s.224: Art. II.-9:405 DCFR

²⁰⁵ ibid s.224: Art. II.-9:405 DCFR

grundet det identiske ordvalg ”grossly”²⁰⁶, uagtet at retsfølgen ved art. II.-9:405 DCFR er ugyldighed²⁰⁷, imens den er modificering ved art. III.-3:712 (2) DCFR.

Dertil er der ved forbruger aftaler et forbud mod standardvilkår med et disproportionalt erstatningskrav²⁰⁸, hvorfor der umiddelbart kan sluttes modsætningsvist. Undtagelsesbestemmelsen og urimelighedsstandarden ved erhvervskontrakter synes derfor at kræve mere, end blot et konstateret misforhold mellem bodsbetaling og det faktiske tab.

DCFR er udarbejdet med hensyn til fire fundamentale principper; frihed, sikkerhed, retfærdighed og efficiens²⁰⁹. Hensyn til efficiens betragtninger kommer til udtryk ved, at DCFR skal give erhvervsparter direkte anvendelige efficiente deklaratoriske aftalevilkår (default rules), sådan at parterne kan undgå øgede transaktionsomkostninger på juridisk bistand²¹⁰. Samtidigt betyder hensyn til retfærdighed, at man bl.a. har indført undtagelsesbestemmelsen ved aftale om konventionalbod²¹¹. Fortolkning af art. III.-3:712 DCFR bør derfor særligt være med udgangspunkt i principperne om efficiens og retfærdighed.

De rets- og kontraktøkonomiske rationaler for DCFR er undersøgt og forsøgt beskrevet af The Economic Impact Group under CoPECL²¹², hvoraf det fremgår, at det som udgangspunkt er den positive opfyldelsesinteresse, der er den Pareto optimale misligholdelsesbeføjelse²¹³. Transaktioner med imperfekt monitorering og håndhævelse, dvs. hvor den ene part utilstrækkeligt kan overvåge om modparten overholder sin forpligtelse, kan betyde, at den positive opfyldelsesinteresse er

²⁰⁶ Art. II.-9:405 DCFR: “grossly deviates”, og art. III.-3:712 (2) DCFR: “grossly excessive”

²⁰⁷ Draft Common Frame of Reference Outline Edition. 2009. s.225: Art. II.-9:408 DCFR

²⁰⁸ ibid s.226: Art. II.-9:410 (1)(e) DCFR

²⁰⁹ Draft Common Frame of Reference Outline Edition. 2009. s.14

²¹⁰ ibid s.95

²¹¹ ibid s.98

²¹² Larouche og Chirico. 2010. Economic Analysis of the DCFR.

²¹³ ibid s.134-135

inefficient og i stedet fremmer en opportunistisk adfærd²¹⁴. I disse tilfælde kan det være acceptabelt med en Pønald²¹⁵, hvilket i øvrigt beskriver samme overvejelser og hensyn som ved Leong og Lengs genopretningserstatning ved virksomhedshemmeligheder og ved Thomas Riis om anvendelsen af multipliceringsprincippet ved håndhævelsesfejl.

Artikel III.-3:712 (1) DCFR er udformet med det formål at sikre en efficient kontrakt ved at tage hensyn til de økonomiske fordele ved en ex ante opgørelse af erstatningskravet og en minimering af parternes ex post transaktionsomkostninger ved misligholdelse, ligesom at en Pønald kan anvendes til signalering²¹⁶. Samtidigt kan en konventionalbod løse problemet ved den krænkede parts over-afhængighed ved den positive opfyldelsesinteresse, da en bod fastsat på forhånd kan give efficiente incitamentter til begge parter²¹⁷.

Derimod kan der ikke tillægges økonomiske rationaler for undtagelsesbestemmelsen, da denne øger risikoen for at bodsbetalingen reduceres betydeligt uden økonomisk begrundelse, og derved fører til en inefficient kontrakt for parterne²¹⁸. Dertil vil signaleringens troværdighed mindskes pga. den øgede risiko for modificering af bodsbetalingen²¹⁹, hvorfor undtagelsesbestemmelsen kan udvande de efficiente incitamenteffekter ved boden²²⁰. Undtagelsesbestemmelsen bør kun anvendes under skærpede omstændigheder, hvor hensynet til retfærdighed vægtes højere i det konkrete forhold²²¹.

Ved hensyn til de nævnte retfærdigheds og efficiens betragtninger, må fortolkning af undtagelsesbestemmelsen og urimelighedsstandarden for erhvervskontrakter betyde, at det ikke er

²¹⁴ Larouche og Chirico. 2010. Economic Analysis of the DCFR. s.136

²¹⁵ ibid s.136

²¹⁶ ibid s.140: I bogen refereres der til art. III.-3:710 CFR, hvilket er den endelige version af art. III.-3:712 DCFR. Ordlyden er ændret i de første to linjer af art. III.-3:710 (1) CFR, sådan at bestemmelsen begrænses til kontraktuel misligholdelse, men derudover er det materielle indhold identisk.

²¹⁷ ibid s.156

²¹⁸ ibid s.140

²¹⁹ ibid s.141

²²⁰ ibid s.156

²²¹ Draft Common Frame of Reference Outline Edition. 2009. s.88

forskellen på bodens størrelse og det faktiske tab, der kan begrunde en nedsættelse af bodsbetalingen ved erhvervskontrakter. Dette er i sig selv kun tilstrækkeligt ved forbrugerkontrakter. Der skal konstateres yderligere relevante forhold²²², hvori det kan påvises at boden er urimelig, der kan begrunde at retfærdighedshensynet vægter højere end den efficiente kontrakt.

Det synes at kunne konstateres, at DCFR's rimelighedsnorm ser mindre stringent og derfor tillader et bredere afstandskriterium mellem bodsbetaling og det faktiske tab end afstandskriteriet ved dansk ret, hvorfor DCFR giver en stærkere hjemmel til håndhævelse af Virksomhedens konventionalbod. Der tillægges stor vægt på efficiens betragtninger ved professionelle erhvervsforhold, imens retfærdighedsbetragtninger i højere grad er begrænset til forbrugerforhold.

Undtagelsesbestemmelsen retsvirkning og den konkrete håndhævelse af bodsbetalingen er dog afhængig af, i hvilket forum boden skal fuldbyrdes. Dette skyldes bl.a. bestemmelserne om kontraktfortolkning²²³, hvor hovedreglen²²⁴ er anvendelse af en subjektiv/kontekstuel tilgang med inddragelse af al tilgængelig information, herunder dommerens egen viden og erfaring²²⁵.

Dertil angives de relevante faktorer for kontraktfortolkning bl.a. at være hensyn til loyal adfærd (bona fide) og god forretningsskik²²⁶, hvilket ikke er uniform defineret, og som derved har forskellig betydning i en international kontekst²²⁷. Der gives derved mulighed for domstolene til at

²²² Draft Common Frame of Reference Outline Edition. 2009. s.253: Art. III.-3:712 (2) DCFR; "and the other circumstances."

²²³ *ibid* s.216-218: DCFR bog II, kapitel 8

²²⁴ *ibid* s.216: Art. II.-8:101 (1) DCFR

²²⁵ Larouche og Chirico. 2010. Economic Analysis of the DCFR, s.88

²²⁶ Draft Common Frame of Reference Outline Edition. 2009. s.217: Art. II.-8:102 (1)(g) DCFR

²²⁷ Larouche og Chirico. 2010. Economic Analysis of the DCFR, s.93

tage hensyn til det pågældende foruamlands baggrundsret mht. retfærdighedsnorm og erstatningsudmåling.

Dette problem kan tænkes løst ved at aftale sig eksplicit ud af henholdsvis bona fide og god skik doktrinen²²⁸, hvilket dog ikke nødvendigvis er hensigtsmæssigt, da anvendelse af doktrinen kan reducere omkostningerne for hele transaktionen²²⁹. Alternativt kan det løses ved en eksplicit værnetings og/eller voldgiftsaftale, hvor det i højere grad er muligt at få en uniform kontraktfortolkning, uanset hvilket forum boden ønskes fuldbyrdet. Begge løsninger inddrager væsentlige hensyn, der kræver en særskilt vurdering, der går udover denne problemstilling.

²²⁸ Larouche og Chirico. 2010. Economic Analysis of the DCFR, s.94

²²⁹ ibid s.94

2.5. Adfærdsøkonomi og begrænset rationalitet

2.5.1. Kontrakt- og adfærdsøkonomi

Der er en væsentlig forskel på henholdsvis Polinskys og Edlin og Schwartz' økonomiske teorier om den efficiente konventionalbod, og så den tilladte bodsbetaling ved dansk ret og DCFR. Dette afsnit undersøger, hvordan adfærdsøkonomi kan modificere den økonomiske antagelse om rationel adfærd hos mennesket, og derved ændre den optimale anvendelse af en konventionalbod ved beskyttelse af fortrolige oplysninger, samt om der anvendelse af adfærdsøkonomi er en vis overensstemmelse mellem gældende ret og rets- og kontraktøkonomisk teori.

Der fokuseres på omfanget af menneskets begrænsede rationalitet, hvordan en modificering af antagelsen om rationel adfærd har betydning for anvendelse af nytteteorien, og hvordan dette influerer de økonomiske begrundelser for en høj bodsbetaling. Russell Korobkin og Thomas Ulen har undersøgt rets- og kontraktøkonomiens antagelse om, at mennesket agerer rationelt i forhold til en given retsregel, og om det er nødvendigt at komme udover denne begrænsning ved at medtage kognitiv psykologisk teori, sociologi og andre adfærdsvidenskaber, for at give en mere retvisende forståelse af menneskets adfærd²³⁰.

Konkret undersøges det, hvorvidt en aftalt konventionalbod ved krænkelse af fortrolige oplysninger er udtryk for rationel adfærd uanset bodens størrelse.

Tilgangen for Russell og Ulen er at efterprøve rets- og kontraktøkonomien ved empiri for at kunne konkludere om teorien er sand eller falsk, og at anvende empirien til bedre at beskrive incitamentseffekterne af retsreglerne og finde frem til de midler, der bedst opnår disse effekter²³¹. Der beskrives fire generelle versioner af rationalitetsantagelsen (rational choice theory), hvor

²³⁰ Korobkin og Ulen. 2000. Law and Behavioral Science.

²³¹ ibid s.1058

teorien med henholdsvis den rene definition og den forventede nytte (expected utility) er uden så væsentlige krav og med få beskrivelser af incitamenteffekter, at de fleste mennesker opfylder disse versioner og derved kan teorierne let bekræftes empirisk²³². Derimod er teorien om egeninteresse (Self-interest) og værdimaksimering (Wealth Maximization) er mere uddybende beskrevet med incitamenteffekter, sådan at sandsynlighed for falsificering øges²³³.

Det er særligt deres fokus på teorien om henholdsvis egeninteresse og værdimaksimering, der er interessant, da disse teorier kan sige noget om menneskets præferencer og mål. Teorien om rationel adfærd ved egeninteresse betyder, at man kan beregne det mest profitable valg og dermed forudsige adfærden²³⁴, og det samme gælder for værdimaksimering, der omhandler menneskets interesse i at værdimaksimere deres finansielle situation, dvs. profitmaksimering²³⁵.

Det er muligheden for at forudsige adfærd frem for kun at forudsige beslutningsprocessen, der gør teorien om egeninteresse og værdimaksimering mulige at efterprøve empirisk, og derved undersøges det om menneskets adfærd også de facto er rationel i økonomisk forstand. Korobkin og Ulen's artikel viser, at den forventede nytteoptimeringen efter henholdsvis egeninteresse og værdimaksimering ikke opnås pga. at teorierne lider af et usandsynlighedsproblem²³⁶.

Usandsynlighedsproblemet viser sig ved at den menneskelige adfærd ikke værdimaksimerer ved brug af en kompleks benefit-cost analyse²³⁷, men i stedet suboptimeres nytten med baggrund i den enkelte persons præferencer og heuristik. Det skyldes enten omkostningerne

²³² Korobkin og Ulen. 2000. Law and Behavioral Science, s.1060 og 1061

²³³ ibid s.1060 og 1061

²³⁴ ibid s.1064

²³⁵ ibid s.1066

²³⁶ ibid s.1069

²³⁷ Afvejning af fordele og omkostninger ved at identificere henholdsvis objektiver, alternativer, og input og output, at værdiansætte input og output, diskontere fordele og omkostninger i fremtiden, beregne nutidsværdien, og tage højde for begrænset information, se beskrivelse i Bruce. 2001. Public Finance and the American Economy, s.160-162

ved at anvende den tilgængelige information, og/eller de kognitive psykologiske begrænsninger²³⁸. Problemet kan ligeledes skyldes, at den menneskelige adfærd påvirkes af eksterne faktorer, såsom konteksten for, hvordan et valg opfattes i forhold til den nuværende situation, hvordan valget hænger sammen med vaner og traditioner, og den tidsmæssige afstand mellem selve valget og så effekten heraf²³⁹.

Dertil kan problemet opstå pga. mennesket ikke nødvendigvis varetager sin direkte egeninteresse ved adfærden, men der tages også hensyn til sociale normer såsom retfærdighed og social lighed, selvom dette har en omkostning for den direkte værdimaksimering²⁴⁰.

En af begrænsningerne pga. usandsynlighedsproblemet er beslutningens kompleksitet, hvor det er nødvendigt at foretage en forsimplet beslutningsstrategi, frem for en strategi, der maksimerer den forventede nytte²⁴¹. Ligeledes kan en afvejning af indsats kontra resultat betyde, at der anvendes en forsimplet beslutningsstrategi, hvilket dermed minimerer værdien af den direkte forventede nytte, men som kan maksimere den samlede eller overordnede nytte²⁴².

Teoriens forventning om rationel adfærd må derfor modificeres til at adfærden forsimples, enten ved at træffe en acceptabel beslutning²⁴³, eller at der foretages en leksikografisk beslutning, dvs. at der udvælges nogle få vigtige egenskaber uanset om værdien af de samlede egenskaber er størst²⁴⁴, eller at de mulige leksikografiske beslutninger vurderes ud fra et givent niveau for at være acceptabelt, dvs. en kombination af den acceptable og leksikografiske beslutning²⁴⁵. Denne

²³⁸ Korobkin og Ulen. 2000. Law and Behavioral Science, s.1069

²³⁹ ibid s.1069

²⁴⁰ ibid s.1070

²⁴¹ ibid s.1077

²⁴² ibid s.1077-1078

²⁴³ ibid s.1078

²⁴⁴ ibid s.1079

²⁴⁵ ibid s.1079

modificering er særlig væsentlig indenfor kontraktretten, hvor det antages, at de aftalte kontraktvilkår er udtryk for en maksimering af parternes fælles forventede nytte²⁴⁶.

Usikkerheden knyttet til en beslutning er ligeledes en begrænsning ved rationalitetsantagelsen, da det kun er de mulige effekter ved et valg, der kan forudsiges, og ikke nødvendigvis den faktiske effekt af valget, samtidigt med at indhold og effekt af de alternative muligheder kan være usikkert²⁴⁷. Denne begrænsning betyder, at parter ved aftale om konventionalbod, der fx skal varetage genopretningshensynet for det forventede tab ved misligholdelse, ikke med sikkerhed kan fastsætte en korrekt bodsbetaling²⁴⁸.

Hvorvidt en konventionalbod, der væsentligt varierer fra den forventede erstatning, skal håndhæves eller ej, afhænger af på den ene side en ex post bedømmelse af præcisionen ved estimering af de økonomiske tab, og på den anden side fordelene ved at parterne opnår en sikkerhed, når erstatningen ved misligholdelse fastsættes ex ante²⁴⁹.

Heuristikkens effekt betyder, at mennesket foretager systematiske fejl i beslutningsprocessen og systematisk agerer irrationelt, hvilket beskrives ved repræsentativ-heuristikken og tilgængeligheds-heuristikken²⁵⁰. Repræsentativ-heuristikken er menneskets tendens til at ignorere basisrater og overestimere sammenhængen mellem en forestilling af virkeligheden og så den faktiske virkelighed²⁵¹. Ved at basisrater ignoreres anvender mennesket i stedet tilgængeligheds-heuristikken og en tendens til at fokusere på de begivenheder, som forekommer

²⁴⁶ Korobkin og Ulen. 2000. Law and Behavioral Science, s.1080-1081

²⁴⁷ ibid s.1083

²⁴⁸ ibid s.1083-1084

²⁴⁹ ibid s.1084

²⁵⁰ ibid s.1085

²⁵¹ ibid s.1086

offest i personens hukommelse, uanset om der er en faktisk sammenhæng mellem begivenhed og beslutning²⁵².

En bias i form af overdreven selvtillid, Optimismebiasen (Overconfidence bias), betyder at mennesket forventer at gode udfald har større chance for at realiseres end negative udfald²⁵³, hvilket bl.a. gør at adfærden indrettes efter at de negative udfald ikke forventes at være faktisk mulige pga. mennesket har kontrol over situationen²⁵⁴. Dette kan betyde, at mennesket indvilger i transaktioner, hvor truslen om at misligholde ikke anses for realistisk, fx ved modpartens accept af fortrolighedspligten, uanset sandsynligheden for misligholdelse.

De mange forskellige medier, hvorpå de fortrolige oplysninger kan være tilknyttet, samt afhængigheden af en vis kontrol af Virksomhedens og modpartens interne informationsproces betyder, at sandsynligheden for misligholdelse afhænger af flere ukendte faktorer, som parterne ikke formår at medregne.

I sammenhæng hertil betyder den selviskebias (Self-serving bias), at mennesket har en tendens til at fortolke information til fordel for deres egne interesser og derved tillægge en større positiv værdi til informationen uden at dette kan objektivt begrundes²⁵⁵. Denne bias har også den effekt, at ejendomsrettigheder vurderes til at have en højere værdi af den part, der har ejerskabet²⁵⁶, hvilket er kendt som en tabsaversion ved ejerskabsbiasen (Endowment effect)²⁵⁷. Virksomheden er i risiko for at tillægge en for stor værdi til sine fortrolige oplysninger, fx hvilken betydning kundelisterne reelt har ved det fremtidige salgspotentiale i kundegruppen, sådan at oplysningers værdi estimeres for højt ex ante.

²⁵² Korobkin og Ulen. 2000. Law and Behavioral Science, s.1087

²⁵³ ibid s.1091

²⁵⁴ ibid s.1092

²⁵⁵ ibid s.1093

²⁵⁶ ibid s.1095

²⁵⁷ ibid s.1108

Ligeledes kan det konstateres, at mennesket systematisk misfortolker den information, der ligger til grund for deres beslutning. Det ses bl.a. ved bagklogskabsbiasen (Hindsight bias), hvor man overestimerer chancen for at en hændelse sker efter at den er sket²⁵⁸, og ved ankerbiasen (Anchoring), hvor man ikke tilstrækkeligt justerer en ny vurdering fra sine tidligere vurderinger eller informationer²⁵⁹. Bagklogskabsbiasen kan enten få en modpart til at fejlfortolke risikoen for misligholdelse, imens ankerbiasen kan få Virksomheden til at fastholde en estimering af sine fortrolige oplysninger, selvom dette senere viser sig at være forkert.

Derudover har konteksten betydning for adfærden²⁶⁰, hvilket er direkte modsat betingelserne for rationalitetsantagelsen, da den eksterne måde, hvorpå et valg bliver præsenteret, ikke bør have betydning for menneskets præferencer²⁶¹. Menneskets adfærd er underlagt misfortolkning ved framing, dvs. at man reagerer forskelligt på om et valg fremstilles som en gevinst eller et tab, og at man er mere risikovillig ved forventede tab frem for forventede gevinster²⁶². Denne form for tabsaversion kan betyde, at truslen om straf, fx ved betaling af kompensation ved misligholdelse, er et underlegent middel til at beskytte de fortrolige oplysninger sammenlignet med et middel, der giver modparten en gevinst ved overholdelse²⁶³.

Konsekvensen ved den begrænsede rationalitet er, at mennesket ikke træffer beslutninger, der maksimerer deres direkte nytte, men heuristikken og de forsimplede beslutningsprocesser kan dog betyde, at den samlede overordnede nytte maksimeres²⁶⁴. De økonomiske begrundelser for en høj bodsbetaling ved beskyttelse af Virksomhedens fortrolige

²⁵⁸ Korobkin og Ulen. 2000. Law and Behavioral Science, s.1095

²⁵⁹ ibid s.1100

²⁶⁰ ibid s.1103

²⁶¹ ibid s.1103

²⁶² ibid s.1104-1105

²⁶³ ibid s.1104-1105

²⁶⁴ ibid s.1107

oplysninger, er derfor ikke nødvendigvis udtryk for et Pareto optimalt aftalevilkår, når antagelsen om rationel adfærd modificeres.

Det skyldes særligt, at parterne er i risiko for at anvende en forsimplet beslutningsproces, der måske optimerer deres generelle nytte, men ikke maksimerer den direkte nytte ved transaktionen pga. begrænsningen i den rationelle adfærd ved heuristikken. Parternes sikkerhed ved en ex ante fastsættelse af kompensation ved misligholdelse kan derved have svært ved at opveje den meget usikre estimering af de økonomiske tab.

De forskellige risici for irrationel adfærd er særligt høje pga. der er stort usikkerhedsmoment ved værdien af de fortrolige oplysninger og dermed en usikkerhed ved en ex ante værdiansættelse af tabet ved misligholdelse. En kombination af optimismebiasen, tabsaversionen ved ejerskabsbiasen, og så ankerbiasen, kan få Virksomheden til at fastsætte værdien af oplysningerne for højt og derved få modparten til at opfatte denne værdiansætte til være det korrekte udgangspunkt for kompensation. Samtidigt kan modpartens optimismebias og tabsaversion ved framing betyde, at modparten anser et tab ved misligholdelse for usandsynligt og derved udviser en større risikovillighed til at påtage sig boden.

Dette kan specielt være sandt, såfremt vilkåret om konventionalbod fremstår som et standardvilkår for modparten grundet status quo biasen, fx ved at Virksomheden ønsker at anvende fortrolighedserklæringen som en del af et større aftalekompleks. Denne bias får mennesket til at værdsætte den nuværende situation højere, end hvis den identiske situation var udtryk for en ny situation²⁶⁵. Det kan have den effekt, at modparten har tendens til at værdsætte bodsbetalingen frem for at forhandle et nyt vilkår²⁶⁶.

²⁶⁵ Korobkin og Ulen. 2000. Law and Behavioral Science, s.1111

²⁶⁶ ibid s.1112

Den juridiske analyse af fortrolighedspligtens omfang og konventionalboden, der medtager hensyn og skønsvurderinger, som ikke bør have en betydning for fastsættelsen af den optimale konventionalbod efter Polinsky og Edlin og Schwartz, kan derved være udtryk for at juraen giver værdi til elementer, der tilnærmer sig adfærdsøkonomiske betragtninger. Dansk rets *ex post* modificering af en Pønalbod kan derved være *efficient*, særligt såfremt der er tegn på at parterne har været underlagt de nævnte biaser.

Vaner, traditioner og afhængighed er alle udtryk for, at menneskets adfærd påvirkes af sammenhængen mellem fortid og nutid, ved at tidligere beslutninger har en større chance for at blive gentaget i nutiden²⁶⁷. Risikoen for misligholdelse af fortrolighedserklæringen vil derved stige, såfremt modparten har krænket tidligere, eller ved at en initial krænkelse af pligten kan betyde, at den krænkende part vil gentage krænkelsen. Det kan derved være nødvendigt, at man *ex ante* enten afskrækker eller belønner korrekt adfærd²⁶⁸, fx ved at konventionalboden afskrækker misligholdelse eller modparten modtager et vederlag for overholdelse.

Den rationelle adfærd lider også at problemet ved det mangfoldige-jeg²⁶⁹, hvor det kan være nødvendigt at give incitament for at det fremtidige-jeg forpligtiger sig²⁷⁰. En kognitiv bias ved dette problem er hyperbolsk diskontering (time-inconsistent discount rates), der betyder at fremtidige gevinster har en forholdsmeæssig mindre værdi, i forhold til gevinster nu-og-her, end der kan tilregnes almindelig diskonteringen af fremtidige værdier²⁷¹.

Hyperbolsk diskontering får derved den øjeblikkelige gevinst ved krænkelse til at have en højere værdi, end det fremtidige tab ved betaling af bod, selvom bodens størrelse kan være relativt større

²⁶⁷ Korobkin og Ulen. 2000. Law and Behavioral Science, s.1114

²⁶⁸ *ibid* s.1116

²⁶⁹ *ibid* s.1122-1123

²⁷⁰ *ibid* s.1123

²⁷¹ *ibid* s.1120

end gevinsten ved korrekt diskontering. Såfremt denne adfærdseffekt påvirker Virksomhedens samarbejdspartnere, så vil bodsbetalingen skulle være væsentlig større end den mulige gevinst ved at krænke fortrolighedspligten, for at den fremtidige gevinst ved overholdelse fremstår større end den øjeblikkelige gevinst ved krænkelse.

Bodsbetalingen bør derfor fremstå pønalt for modparten, og Virksomheden bør betale modparten en økonomisk gevinst for at overholde fortrolighedspligten, hvilket sikrer, at der hverken opstår en initial krænkelse eller gentagne krænkelse. At boden fremstår urimeligt ex post ved afstandskriteriet, betyder ikke at parterne har opfattet det urimeligt ex ante pga. den hyperbolske diskontering.

Afvielserne fra teorien om egeninteresse viser sig fx ved dokumentation af de sociale normer²⁷², retfærdighed²⁷³, og gruppehandlinger²⁷⁴, der i sammenhæng med ovenstående kognitive biaser understreger, at menneskets adfærd kan være systematisk irrationel. Særligt retfærdighedsnormen er så stærk en bias, at rationel adfærd sjældent opnås når dette element indgår i transaktionen²⁷⁵. Det er vist ved ultimatumspillet²⁷⁶ og diktatorspillet²⁷⁷, hvor retfærdighedsfølelsen vægtes højere end den direkte egeninteresse.

Det betyder, at rimelighedsnormen ved aftalelovens generalklausul og DCFR's retfærdighedshensyn ved undtagelsesbestemmelsen, derved har sin berettigelse ud fra en kognitiv psykologisk betragtning, da formålet med retsreglerne er at sikre retfærdighed. Selvom den optimale anvendelse af rimelighedsnormen ikke kan fastsættes på et generelt niveau, så kan

²⁷² Korobkin og Ulen. 2000. Law and Behavioral Science, s.1127-1134

²⁷³ ibid s.1135-1138

²⁷⁴ ibid s.1138-1143

²⁷⁵ ibid s.1136

²⁷⁶ ibid s.1135

²⁷⁷ ibid s.1136

hensynet til retfærdighed i en konkret situation sikre en vis form for nytte til minimum en af parterne, og måske give nytte til alle de involverede parter på et mere overordnet niveau.

Yderligere kan det tænkes, at når retfærdighedsnormen har en indflydelse på beslutninger for individet selv, så vil normen også påvirke individets adfærd, når det vedrører vurderingen af andre individers beslutninger. En dommer, der i situation påvirkes af sin egen retfærdighedsnorm, kan i situationen have en tendens til at modificere eller finde en aftale ugyldig, der ellers er rationelt besluttet af parterne, fordi den strider mod dommerens egen retfærdighedsstandard.

Dansk rets afstandskriterium ved vurdering af konventionalboden kan være udtryk for denne retfærdighedsbias, da et misforhold mellem bodsbetaling og erstatning efter de almindelige regler kan være et forsimplet og let forståeligt tegn på uretfærdighed, selvom misforholdet i parternes konkrete transaktion ikke nødvendigvis er uretfærdigt.

Retfærdighedsbiasen kan særligt begrunde domstolens ex post modificering af Pønalboden, der til et vist niveau er begrundet med hensyn til parterne og den værdi der tillægges retfærdighed, men modificeringen kan tillige være udtryk for et for højt hensyn til retfærdighed pga. dommernes egen bias.

2.5.2. Begrænset rationalitet og standardvilkår

I sammenhæng med den konstaterede begrænsede rationalitet har Korobkin undersøgt den økonomiske effekt ved anvendelsen af standardkontrakter, og hvornår staten eller markedet skal agere for at optimere nytten for parterne som en samlet gruppe²⁷⁸. Korobkin modificerer antagelsen

²⁷⁸ Korobkin. 2003. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability.

om, at et ureguleret marked vil producere effiente kontraktbetingelser, når parterne maksimerer deres forventede nytte²⁷⁹, pga. menneskets begrænsede rationalitet²⁸⁰.

Den begrænsede rationalitet konstateres med samme begrundelser som i Korobkin og Ulens artikel, såsom menneskets heuristik og kognitive biaser, dog fremhæver Korobkin at de negative effekter kan minimeres bl.a. pga. omdømmeeffekten²⁸¹. Betydningen af omdømmeeffekt afhænger i høj grad af modpartens forhold.

Den kontraktudformende part vil have incitament til at udforme inefficente kontraktbetingelser, når betingelserne ikke er blandt de vigtigste egenskaber ved ydelsen for modparten²⁸², og det kan derfor være nødvendigt med ex ante lovgivning eller ex post domstols regulering for at opnå effiente standardbetingelser i den private kontraktsret²⁸³.

En situation med vigtige og ikke-vigtige egenskaber opstår ved komplekse ydelser²⁸⁴ fra den kontraktudformende part, hvilket særligt er ydelser med tilknyttede standardbetingelser, hvor modparten ved sin begrænsede rationalitet tvinges til at være selektiv²⁸⁵. Dertil har standardbetingelser den egenskab, at de ofte anses for ikke-vigtige, hvilket skyldes at betingelserne hverken tiltrækker sig den frivillige eller ufrivillige interesse hos modparten²⁸⁶.

En egenskab er vigtig, når den tiltrækker sig opmærksomhed hos modparten²⁸⁷, hvilket sker frivilligt, såfremt egenskaben vil hjælpe med at nå et mål for modparten²⁸⁸. Standardbetingelser

²⁷⁹ Korobkin. 2003. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability, s.1216

²⁸⁰ Ibid s.1219

²⁸¹ Ibid s.1239-1241

²⁸² Ibid s.1243

²⁸³ Ibid s.1244

²⁸⁴ Ibid s.1227: Komplexitet

²⁸⁵ Ibid s.1225

²⁸⁶ Ibid s.1226

²⁸⁷ Ibid s.1230

²⁸⁸ Ibid s.1230

tiltrækker sig som udgangspunkt ikke den nødvendige opmærksomhed hos modparten, hverken frivilligt eller ufrivilligt. Det kan skyldes, at de vedrører egenskaber, der enten er emotionelle for modparten og derfor føler modparten ubehag ved at skulle prissætte egenskaben²⁸⁹, eller at de vedrører undtagelsessituationer og derfor stort set fremstår usandsynlige²⁹⁰.

Differentieringen mellem vigtige og ikke-vigtige egenskaber betyder, at markedskræfterne kan have den modsatte effekt end normalt antaget, hvorfor der i stedet opstår en markedsligevægt med inefficente standardbetingelser²⁹¹. Den kontraktudformende part kan udnytte modpartens begrænsede rationalitet til at øge profitten og dermed mindske modpartens velfærd såvel som den samlede sociale velfærd²⁹². Det faktum, at standardbetingelserne er markedskonforme fx ved en branchekutyme, er ikke nødvendigvis udtryk for at betingelserne er efficiente²⁹³.

Virksomhedens bodsbetaling kan meget vel aftales i et scenarie, hvor modparten ikke anser misligholdelse af fortrolighedspligten for sandsynlig pga. de tidligere nævnte biaser, samtidigt med at vilkåret kan være en del af et større kontraktkompleks, hvori parametre som betaling og ydelsesbeskrivelse må formodes at vægte højere. Bodden kan i sådan en konkret sammenhæng derfor anses for en ikke-vigtig egenskab for modparten, hvorfor det er muligt at denne parts accept ikke er udtryk for en direkte nyttemaksimering ved transaktionen med Virksomheden.

I dette scenarie vil betingelserne hos Polinsky og Edlin og Schwartz for den efficiente bodsbetaling ikke længere være opfyldt, og at dansk ret modificerer en Pønalbod vil derved modvirke inefficiens.

For at der kan opnås efficiente kontraktbetingelser ved ex ante lovgivning kræves det, at lovbestemmelserne tager højde for den specifikke kontekst de skal anvendes i, da der ellers er

²⁸⁹ Korobkin. 2003. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability, s.1231

²⁹⁰ ibid s.1232

²⁹¹ ibid s.1235

²⁹² ibid s.1234

²⁹³ ibid s.1239

risiko for at parternes ansvar og risiko bliver inefficiënt allokeret²⁹⁴. Dette sætter store krav til lovgiverens forudseenhed og nøjagtighed, og det øger reglernes kompleksitet²⁹⁵. Disse forhold kan begrunde den manglende eksistens af særlig lovgivning ved henholdsvis fortrolige oplysninger eller konventionalbod ved dansk ret.

Aftalelovens generalklausul kan til en vis grad anses som ex ante lovgivning, der ved sin ordlyd giver parterne et vist incitament til at aftale rimelige og efficiente kontraktbetingelser på et generelt niveau. Det synes dog ved vurdering af retspraksis, at generalklausulen primært fungerer som hjemmel til domstolenes ex post regulering af betingelserne på et konkret niveau. Derimod er konventionalboden specifikt reguleret ex ante ved DCFR, der dog stadig også er hjemmel for en grad af ex post domstolsregulering, afhængigt af det relevante forums baggrundsret.

Domstolene bør ikke regulere standardbetingelser ex post ved ethvert tilfælde for at tilrette betingelser efter en ex ante efficiens. Der vil altid være en modpart, som kan bevise at betingelserne er inefficiente for denne part i den givne situation, hvorfor den kontraktudformende part risikerer at blive straffet, selvom om betingelserne som helhed er efficiente²⁹⁶. At vurdere betingelserne ud fra et overordnet niveau i forhold til det relevante marked vil dog heller ikke sikre efficiente standardbetingelser, hvilket bl.a. skyldes domstolenes begrænsninger i at få fuld information om markedet og de involverede parter præferencer, hvorfor sådan en vurdering kan skabe store usikkerhedsomkostninger for den kontraktudformende part²⁹⁷. Dette er bl.a. årsagen til at DCFR's hovedregel for kontraktfortolkning kritiseres, og at der i stedet burde have været valgt en objektiv fortolknings tilgang²⁹⁸.

²⁹⁴ Korobkin. 2003. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability s.1249 og 1251

²⁹⁵ ibid s.1250

²⁹⁶ ibid s.1252

²⁹⁷ ibid s.1253

²⁹⁸ Larouche og Chirico. 2010. Economic Analysis of the DCFR, s.95

Det er nødvendigt at differentiere mellem de situationer, hvor betingelserne enten er vigtige eller ikke-vigtige for modparten, får at bestemme, hvorvidt det er markedskræfterne eller offentlig regulering, der bedst sikrer efficiente betingelser. Når betingelserne er vigtige for modparten bør standardbetingelserne håndhæves af domstolene uden regulering²⁹⁹, imens når betingelser ikke er vigtige for modparten, bør der ske regulering. Regulering af betingelser skal enten ske ex ante ved præceptiv lovgivning, når parternes unormale forhold ikke kan begrunde, at betingelserne skulle være efficiente³⁰⁰, eller ex post ved domstolene, når der ikke eksisterer markedskonforme betingelser³⁰¹.

Virksomhedens fortrolighedserklæring med konventionalbod kan være udtryk for den situation, at særligt boden ikke har været en vigtig faktor for modparten, og det derfor kan være nødvendigt med ex post domstols regulering for at sikre efficiens.

Vilkåret om bod risikerer at fremstå komplekst, og særligt er der en stor usikkerhed ved fastsættelse af bodsbetalingen, hvorfor modparten tvinges til at træffe en forsimplet beslutning. Dertil er modparten underlagt biaser ved tilgængeligheds-heuristikken, hvor en kombination af optimismebiasen og ankerbiasen kan få modparten til at undervurdere sandsynligheden for at skulle betale konventionalbod, såfremt dette aldrig er sket før. Modpartens tabsaversion kan derved få parten til at acceptere en mere risikofyldt bodsbetaling, særligt når status quo biasen minimerer modpartens lyst til at indlede forhandlinger om denne betingelse.

Virksomhedens fortrolighedserklæring med konventionalbod bør konciperes med det formål, at den giver udtryk for, at vilkåret har været relevant for modparten, sådan at det ikke fremstår som en ikke-vigtig standardbetingelse i sammenhæng med det samlede aftalekompleks.

²⁹⁹ Korobkin. 2003. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability, s.1254

³⁰⁰ ibid s.1255

³⁰¹ ibid s.1255

2.6. Sammenfatning

Konventionalboden sikrer, at Virksomheden modtager en økonomisk kompensation for en krænkelse af de fortrolige oplysninger. Den pønale konventionalbod har en ex ante præventiv effekt på modpartens incitament til henholdsvis at opnå en uberettiget berigelse på bekostning af Virksomheden og at påføre Virksomheden et tab ved krænkelse af de fortrolige oplysninger. Det kan være nødvendigt at give Virksomheden en kompensation svarende til den krænkende parts profit ved misligholdelse, da særligt genopretnings- og præventionshensynet bør vægtes højere ved fortrolige oplysninger.

Dertil tager den pønale konventionalbod ex ante højde for domstolenes håndhævelsesfejl ved at medregne en kompensation for de tilfælde, hvor krænkelse ikke opdages eller håndhæves, ved anvendelse af multipliceringsprincippet. Multipliceringsprincippet er nødvendigt ved fortrolige oplysninger pga. den lave sandsynlighed for opdagelse af en krænkelse af denne undladelsespligt, hvilket særligt begrundes ved de tilknyttede mediers karakter og et behov for kontrol ved interne fortrolighedsprocesser hos begge parter. Samtidigt bør man være opmærksom på, at anvendelsen af dette princip kan stride imod retssikkerhedshensynet til modparten.

Den kommercielle risiko ved udveksling af fortrolige oplysninger med en modpart kan håndteres ved en pønalt konventionalbod. Virksomhedens ex ante hensyn til fordeling af parternes risiko betyder, at den pønale konventionalbod er den efficiente løsning til risikoallokering, såfremt modparten også er risikoavers, og der opnås det bedste niveau af parternes tillid og afhængighed uanset parternes risikoprofil. Den pønale bodsbetaling kan dog hindre efficiente kontraktbrud i de tilfælde, at det ikke er muligt at genforhandle mellem parterne ex post aftaleindgåelsen, hvorfor bodsbetalingen ikke må overstige modpartens profit ved misligholdelse.

De optimale investeringsincitamentener for både Virksomhed og modpart opnås ved en pønalt konventionalbod. Bodden skal minimum sættes til at være lig den positive opfyldelsesinteresse for at modparten gives tilstrækkeligt incitament til ikke at misligholde, imens en bodsbetaling større end den positive opfyldelsesinteresse giver modparten såvel som Virksomheden incitament til at foretage transaktionsspecifikke investeringer. Den pønalt bodsbetaling vil ligeledes sikre, at der tages højde for modpartens bias ved hyperbolsk diskontering, sådan at bodden også de facto virker præventiv.

Den pønalt konventionalbod giver både Virksomheden og modparten et ex ante incitament til at foretage individuelle- og/eller samarbejdsinvesteringer, og derved opnår parterne en større værdi ved transaktionen. Samlet vil den pønalt konventionalbod være Pareto optimal ved at fortrolighedserklæringen er udtryk for en Kaldor-Hicks forbedrende aftale, baseret på at Virksomheden og dens modpart nyttemaksimerer ex ante.

Den danske retspraksis vedrørende konventionalboder ved undladelsespligter i erhvervsforhold tager ikke tilstrækkeligt hensyn til ex ante efficiensbetragtninger såsom hensyn til en positiv præventiv effekt, håndhævelsesfejl, optimal risikoallokering, et optimalt niveau af parternes tillid og afhængighed, samt et optimalt niveau af transaktionsspecifikke investeringer. Håndhævelse, modificering eller ugyldighed af konventionalboden sker med fokus på en ex post vurdering af bodens relative økonomiske værdi i forhold til de faktiske økonomiske værdier af transaktionen.

Dette resultat ses også ved de udvalgte kendelser vedrørende konventionalboder i erhvervsforhold ved både undladelses- og handlepligter, hvor der i 80 % af kendelserne foretages en rimelighedsvurdering af bodens relative værdi ex post, og hvor der ikke findes forhold, som kan begrunde ugyldighed efter de almindelige ugyldighedsgrunde.

De forudgående forhandlinger og læren om bristende forudsætninger har derved en de facto underordnet betydning end de efterfølgende omstændigheder og rimelighedsvurderingen ved aftalerettens generalklausul. Bodsbetalingen skal i højere grad opfylde en ex post rimelighedsbetragtning frem for en ex ante efficiens betragtning, og boden tillades ikke at overstige erstatningen efter de almindelige erstatningsregler. Den pønale konventionalbods udformning skal modificeres for at kunne håndhæves ved dansk ret og derved fremstå troværdig overfor modparten.

Fortrolighedspligtens omfang skal tage højde for, at oplysningerne kan tilknyttes varierende materielle og immaterielle medier såvel som den menneskelige hjerne. Pligten skal derfor ikke begrænses til konkrete medier, og der bør både være en tilbageleverings- og destruktionspligt, samt en tidsmæssigt ubegrænset overholdelsespligt. Pligten kan indeholde en tilnærmelsesvis ubegrænset mængde data, så længe oplysningerne er fortrolige og ikke er alment kendt, dog er den økonomiske værdi af oplysningerne forskellig og afhænger af beskrivelsen af den konkrete oplysning.

Den pønale konventionalbod skal tilpasses de forskellige økonomiske værdier ved de fortrolige oplysninger, og bl.a. tage højde for at Virksomheden må bære en større del af risikoen ved de oplysninger, hvortil der er risiko for et element af egen skyld hos Virksomheden for modpartens misligholdelse. Samtidigt skal boden udgøre Virksomhedens udtømmende mulighed for erstatning ved modpartens misligholdelse. Derved varetages både genopretnings- og klarhedshensynet.

Den maksimale bodsbetaling pr. overtrædelse skal estimeres til den maksimale værdi som en fortrolig oplysning med stor værdi har for Virksomheden, og derved vil værdien overstige den positive opfyldelses interesse udmålt efter de almindelige erstatningsregler. Denne værdiansættelse varetager præventionshensynet.

Konventionalboden bør tilføjes et vilkår om, at modparten modtager et årligt vederlag, såfremt der ikke sker misligholdelse af fortrolighedspligten. Derved fremstår boden ikke som et subsidiært vilkår til selve fortrolighedspligten, og værdiansættelsesproblemet minimeres ved at Virksomheden giver udtryk for deres betalingsvillighed for at holde informationen hemmelig, samt at boden fremstår mindre opportunistisk fra Virksomhedens side.

Samlet er bodens modificering derved udtryk for overholdelse af det aftaleretlige ligevægtsprincip, og at Virksomheden betaler en direkte modydelse til fortrolighedspligten bør øge chancerne for håndhævelse, som minimum en mindre indgribende modificering ved domstolene. Det ses ved konventionalboder ved konkurrenceklausuler, hvor modparten har modtaget en form for vederlag for at påtage sig undladelsespligten, at bodsbetalingen modificeres i væsentlig mindre grad og anses for rimelig ex post.

Dertil nedsættes modpartens risikovillighed til at misligholde fortrolighedspligten ved framing, pga. at boden nu også fremstår som en gevinst frem for kun et tab, og modparten gives et kontinuerligt økonomisk incitament til at overholde pligten uagtet af pligten måske tidligere har været misligholdt.

Markedsføringslovens vederlagsregel kan anvendes som supplement til at beskytte de fortrolige oplysninger, men vederlagsreglen er ikke tilstrækkelig til at beskytte Virksomhedens fulde økonomiske interesse i oplysningerne. Vederlagsreglens hypotetiske aftalesituation og bevisbyrderegler, samt domstolenes skønsmæssige anvendelse af reglen i sammenhæng med de almindelige erstatningsregler betyder, at vederlagsreglen ikke kan give Virksomheden sikkerhed for, at der ved alle de fortrolige oplysninger modtages en økonomisk compensation ved misligholdelse, eller at der opnås efficiens.

Den pønale konventionalbod ved en fortrolighedspligt har en bedre chance for håndhævelse ved lovvalg om Draft Common Frame of Reference, da der ved fortolkning af disse regler er større fokus på ex ante efficiens betragtninger ved erhvervsaftaler, og samtidigt er konventionalboden eksplicit reguleret. Udgangspunktet er, at et misforhold mellem bodsbetalingen og det faktiske tab ved misligholdelse ikke er tilstrækkeligt for modificering af pønalboden, sådan som det ellers ses ved dansk rets afstandskriterium.

Virksomhedens valg af forum for håndhævelse har dog betydning for konventionalbodens håndhævelse, da der tages hensyn til forumlandets baggrundsret ved art. III.-3:712 DCFR. Der gives mulighed for hensyn til retfærdighedsnormer frem for efficiens ved den subjektive/kontekstuelle fortolknings tilgang, og derved kan de relevante forhold for rimelighed variere fra forum til forum, hvorfor der ikke kan fastsættes en uniform regel om håndhævelse af konventionalboden ved DCFR.

Adfærdsøkonomisk teori om menneskets systematiske begrænsede rationalitet betyder, at de danske domstoles ex post modificering af konventionalboden kan være udtryk for, at der tages højde for Virksomhedens og modpartens heuristik og kognitive biaser. Der er risiko for at parterne ikke direkte nyttemaksimerer ved aftale om konventionalbod ved en fortrolighedspligt, bl.a. ved at der træffes en forsimplet beslutning og der i stedet suboptimeres, hvorfor en pønalt bodsbetaling ikke nødvendigvis er udtryk for efficiens.

Bodens varetagelse af genopretningshensynet kan ikke estimeres med sikkerhed, og kombineret med parternes kognitive biaser, særligt ejerskabsbiasen, er fordelene ved en ex ante fastsættelse af erstatningen ikke nødvendigvis større end ulemperne ved en forkert estimering. Samtidigt kan modparten være villig til at påtage sig en større risiko pga. en kombination af optimismebias og tabsaversion og status-quo bias.

Usandsynlighedsproblemet og de kognitive biaser betyder bl.a. at retfærdighedsnormen, som er udtrykt ved generalklausulen og DCFR's undtagelsesbestemmelse til aftalt konventionalbod, og denne ex post modificering af aftalen ved domstolene, kan repræsentere en værdi for parterne. Modsat kan retfærdighedsnormen også være så stærk en bias, at domstolene i højere grad modificerer en aftale end det kan begrundes ved de konkrete forhold for Virksomheden og dens modpart.

Status-quo biasen og særligt vilkårets kompleksitet betyder, at boden skal være relevant og vigtig for modparten, for at sikre at aftalen er udtryk for efficiens uden behov for regulering ved lovgivning eller domstolene. Der bør ske ex post regulering ved domstolene, når der ikke er markedskonforme betingelser for konventionalboder ved en fortrolighedspligt, og at boden ikke har fremstået vigtig for modparten. De kognitive biaser betyder, at Virksomheden bør koncipere konventionalboden sådan, at den fremstår som en vigtig del af fortrolighedserklæringen.

Konventionalboden bør derfor udformes med hensyn til både de fundne efficiens rationaler ved rationalitetsantagelsen og de adfærdsøkonomiske hensyn ved parternes begrænsede rationalitet og kognitive biaser. Dette kan varetages en pønalt konventionalbod ved fortrolighedspligten, hvor bodens værdi estimeres til at overstige den positive opfyldelsesinteresse ved de almindelige danske erstatningsregler, dog sådan at boden estimeres efter værdien ved den konkrete fortrolige oplysning.

Den pønale konventionalbod er udtryk for Pareto optimalitet ved en Kaldor-Hicks forbedrende aftale, såfremt vilkåret om bodsbetaling fremstår relevant og vigtig for modparten.

Den pønale konventionalbod gøres vigtig for modparten ved, at Virksomheden betaler et årligt vederlag til modparten for at påtage sig og overholder fortrolighedspligten, og at modparten skal betale en konventionalbod af betydelig størrelse ved misligholdelse. Dertil vil den partielle bod, ved

at bodsbetalingen differentieres efter oplysningens værdi, i højere grad tage højde for usikkerheden ved at ex ante estimere erstatningen ved misligholdelse.

At den pønale konventionalbod gøres vigtig for modparten giver ikke Virksomheden en garanti for at fortrolighedserklæringen er udtryk for efficiens, men sandsynligheden øges ved at der tages hensyn til parternes relevante biaser og begrænsede rationalitet. Dertil vil de adfærdsøkonomiske modificeringer øge konventionalbodens overensstemmelse med gældende dansk ret, hvor retspraksis viser, at ligevægtsprincippet og klarhedshensynet vægtes højt, hvilket kommer til udtryk i afstandskriteriets anvendelse på ex post vurderingen af bodsbetalingen.

Fortrolighedspligtens omfang skal ikke begrænses til konkrete medier, og der bør både være en tilbageleverings- og destruktionspligt, samt en tidsmæssigt ubegrænset overholdelsespligt. Dette vil minimere risikoen for misligholdelse og give et ansvarsgrundlag for boden. Fortrolighedspligten kan indeholde en tilnærmelsesvis ubegrænset mængde data, så længe oplysningerne er fortrolige og ikke er alment kendt.

Den pønale konventionalbod skal udgøre Virksomhedens udtømmende mulighed for erstatning ved modpartens misligholdelse. I sammenhæng med bodsbetalingen tilpasses de konkrete økonomiske værdier, vil boden medregne et element af egen skyld hos Virksomheden for modpartens misligholdelse, hvilket er en risiko for visse af de fortrolige oplysninger grundet deres beskrivelse og karakter.

Dertil vil Virksomhedens betaling af et årligt vederlag til modparten betyde, at konventionalboden fremstår mindre subsidieret for modparten og mindre opportunistisk af Virksomheden, samt at værdiansættelsesproblemet mindskes. Vederlaget vil øge chancerne for håndhævelse i samme grad som det ses ved konventionalboder ved konkurrenceklausuler.

Samlet vil den pønale konventionalbod i højere grad varetage genopretnings- og klarhedshensynet, og derved overholde det aftaleretlige ligevægtsprincip, og boden fremstår som en rimelig estimering af et normalt tab for Virksomheden ved den konkrete misligholdelse.

2.7. anbefaling til Virksomheden

2.7.1. Indstilling

- Fortrolighedspligten kan indeholde alle de nævnte fortrolige oplysninger, pkt.1-12, så længe de ikke er alment kendte, og pligten skal være tidsmæssigt ubegrænset.
- Fortrolighedspligten bør tilknyttes en tilbageleverings- og destruktionspligt.
- Bodsbetalingen bør estimeres til den maksimale værdi som en fortrolig oplysning med stor værdi har ved én overtrædelse for Virksomheden. Dette beløb indsættes i det grå felt i Fortrolighedserklæringen.
- Bodsbetalingen bør tilpasses Virksomhedens økonomiske værdi ved de konkrete fortrolige oplysninger.
- Bodsbetalingen bør udgøre Virksomhedens udtømmende mulighed for erstatning ved modpartens misligholdelse af fortrolighedspligten.
- Virksomheden bør betale et årligt vederlag til modparten for overholdelse af fortrolighedspligten.

2.7.2. Fortrolighedserklæring

Fortrolighed

Modparten og dens medarbejdere, Modpartens rådgivere, og Modpartens eventuelle leverandører, har en ubetinget fortrolighedspligt med hensyn til de oplysninger af enhver art vedrørende Virksomhedens forhold, som Modparten får kendskab til i forbindelse med udførelsen af Aftalen. Fortrolige oplysninger omfatter også Virksomhedens produktbeskrivelse, forretningsmodel og strategi, liste over samarbejdspartnere, kundeliste og prisliste, nøglemedarbejdere, it-portaler og software, personoplysninger om medarbejdere og kunder, og den interne korrespondance. Sådanne

oplysninger kan være underlagt lovgivningsmæssige krav, som Modparten er forpligtet til at opfylde.

Modparten må ikke bruge Virksomhedens navn, logo eller samarbejdets eksistens i markedsføringsøjemed, herunder til referencelister, uden forudgående skriftligt samtykke fra Virksomheden.

Fortrolighedspligten gælder også efter Aftalens ophør.

Ovennævnte oplysninger må Modparten kun opbevare, anvende og formidle som led i Aftalens opfyldelse og formål. Det skal ske på forsvarlig måde og med mindst samme omhu, som Modparten anvender på sine egne fortrolige oplysninger. Dette gælder også efter Aftalens ophør, uanset begrundelse for ophør.

Alt materiale uanset mediets form, som Virksomheden stiller til rådighed under samarbejdet, forbliver Virksomhedens ejendom. Ved Aftalens ophør, skal materialet straks tilbageleveres til Virksomheden, og såfremt dette ikke er muligt, skal materialet destrueres.

Parterne har en fortrolighedspligt ved løsning af eventuelle tvister, herunder tvistens eksistens, indhold og afgørelse.

Modparten er ansvarlig på objektivet grundlag for overholdelse af fortrolighedspligten, herunder den tilknyttede tilbageleverings- og destruktionspligt.

Bodsbetaling

Der er aftalt en bod for at sikre overholdelse af fortrolighedspligten. Misligholdelse af fortrolighedspligten beskrevet ved afsnittet Fortrolighed kan medføre en bodsbetaling på maksimalt DKK [indsæt estimat i hele tal] pr. overtrædelse.

Boden er fastsat efter vurdering af den økonomiske værdi af de fortrolige oplysninger for Virksomheden, og bodsbetalingen udgør den fulde erstatning ved Modpartens misligholdelse. Virksomheden har ikke ret til at modtage erstatning for misligholdelse af fortrolighedspligten udover bodsbetalingen, dog kan der pålægges morarente efter Rentelovens regler herom. Boden skal betales straks ved påkrav fra Virksomheden.

Fuld bodsbetaling pr. overtrædelse. Der er en bodsbetaling på 100 % af den maksimale bodsbetaling pr. overtrædelse ved en krænkelse af fortrolige oplysninger med en stor økonomisk værdi, der også omfatter fortrolige oplysninger som produktbeskrivelse, kundeliste og prisliste, og om nøglemedarbejdere.

Halv bodsbetaling pr. overtrædelse. Der er en bodsbetaling på 50 % af den maksimale bodsbetaling pr. overtrædelse ved en krænkelse af fortrolige oplysninger med en mindre økonomisk værdi, der også omfatter fortrolige oplysninger som forretningsmodel og strategi, liste over samarbejdspartnere, it-portaler og software, personoplysninger om medarbejdere og kunder, og den interne korrespondance.

En tiendedel bodsbetaling pr. overtrædelse. Der er en bodsbetaling på 10 % af den maksimale bodsbetaling pr. overtrædelse ved en krænkelse af fortrolige oplysninger med en lav økonomisk værdi, der også omfatter fortrolige oplysninger som al anden virksomhedsinformation.

Virksomheden betaler et årligt vederlag til Modparten for at overholde fortrolighedspligten og vederlaget forfalder ved udgangen af et kalenderår. Vederlaget er betinget af, at Virksomheden ikke kan konstatere, at Modparten har misligholdt fortrolighedspligten i det pågældende kalenderår.

Kapitel 3. Samlet konklusion

3.1. Konklusion

En konventionalbod ved en fortrolighedspligt skal overstige værdien af en erstatningsudmåling efter de almindelige danske erstatningsregler, som en krænkelse af den fortrolige oplysning normalt vurderes efter. Derved skal boden have en pønål karakter.

Der skal betales et kontinuerligt vederlag til den part, som påtager sig fortrolighedspligten og konventionalboden. Den pønåle bodsbetaling skal differentieres efter oplysningernes beskrivelse og karakter, og estimeres til den værdi, den konkrete fortrolige oplysning har. Bodsbetalingen skal være den udtømmende mulighed for erstatning ved misligholdelse af fortrolighedspligten.

Denne udformning af konventionalboden betyder, at fortrolighedspligten tilnærmelsesvis kan indeholde alle fortrolige oplysninger, og at fortrolighedspligten er tidsmæssigt ubegrænset. Der skal tilknyttes en tilbageleverings- og destruktionspligt af de fortrolige oplysninger.

Fortrolighedspligtens konventionalbodsbetingelser og betalingens størrelse fokuserer på ex ante efficiensbetragtninger, imens modificeringen af bodens betingelser sikrer, at der er tilstrækkelige hensyn til ex post retfærdighedsnormen ved gældende Dansk ret og ved fortolkning af Draft Common Frame of Reference.

Den pønåle konventionalbod sikrer ex ante efficiens, ved at der varetages et hensyn til risikoallokering af transaktionen, den indbyrdes tillid og afhængighed transaktionen skaber, og til domstolenes håndhævelsesfejl af krænkelse af fortrolighedspligten. Dertil gives der incitament til at foretage transaktionsspecifikke investeringer, og til at virke præventiv på misligholdelse af fortrolighedspligten.

Dansk retspraksis varetager ikke disse ex ante efficiensbetragtninger, men fokuserer på en ex post vurdering af bodens relative økonomiske værdi i forhold til transaktionen. Dette ses ved de udvalgte kendelser vedrørende konventionalboder i erhvervsforhold ved både undladelses- og handlepligter, hvor der i 80 % af kendelserne foretages en rimelighedsvurdering af bodens relative værdi ex post, og hvor der ikke findes forhold, som kan begrunde ugyldighed efter dansk rets almindelige ugyldighedsgrunde.

De økonomiske hensyn og incitamenteffekter opnås ved at Virksomheden aftaler en pønalt konventionalbod ved fortrolighedspligten, hvor bodens værdi estimeres til at overstige den positive opfyldelsesinteresse ved de almindelige danske erstatningsregler. Det er en betingelse herfor, at vilkåret om bodsbetaling fremstår relevant og vigtig for modparten, da der skal tages hensyn til adfærdsøkonomisk teori om begrænset rationalitet og kognitive biaser.

Fortrolighedspligtens og bodens karakter betyder, særligt i sammenhæng med et større aftalekompleks, at der er risiko for at parternes beslutning ikke er udtryk for direkte nyttemaksimering. Dette skyldes primært usandsynlighedsproblemet. De relevante biaser er optimismebiasen, ankerbiasen, status-quo biasen, hyperbolsk diskontering, og retfærdighedsnormsbiasen, samt tabsaversioner.

Den pønalt konventionalbod gøres vigtig for modparten ved at Virksomheden betaler et årligt vederlag for at modparten påtager og overholder fortrolighedspligten og en betaling af konventionalbod ved misligholdelse. Dertil skal boden estimeres efter værdien ved den konkrete fortrolige oplysning, sådan at der medregnes en usikkerhed ved at ex ante estimere en erstatning ved misligholdelse.

Korrekte hensyn til parternes relevante biaser og begrænset rationalitet øger sandsynligheden for at konventionalboden er udtryk for de facto efficiens. Dertil vil de adfærdsøkonomiske

modificeringer øge konventionalbodens overensstemmelse med gældende dansk ret og hensyn til Draft Common Frame of Reference.

Ved at bodsbetalingen tilpasses de konkrete økonomiske værdier ved de fortrolige oplysninger, afvejer boden forhold som elementer af egen skyld hos Virksomheden, og der en større vægt på tilnærme sig afstandskriteriet ved dansk ret, sådan at boden fremstår som en rimelig estimering af et normalt tab for Virksomheden ved den konkrete misligholdelse.

Betaling af et årligt vederlag til modparten betyder, at konventionalboden fremstår mindre subsidiær for modparten, og mindre opportunistisk af Virksomheden, samt at værdiansættelsesproblemet mindskes. Vederlaget øger chancerne for håndhævelse ved dansk ret i samme grad som det ses ved konventionalboder ved konkurrenceklausuler, hvor bodsbetalingen modificeres i væsentlig mindre grad i forhold til en fortrolighedsaftale og anses for rimelig ex post.

Betingelserne for den pønale konventionalbod varetager i højere grad genopretnings- og klarhedshensynet, og derved overholdes det aftaleretlige ligevægtsprincip, sådan at boden fremstår som en rimelig estimering af et normalt tab for Virksomheden ved den konkrete misligholdelse. Markedsføringslovens vederlagsregel er ikke tilstrækkelig til at beskytte Virksomhedens fulde økonomiske interesse i oplysningerne.

Det skyldes vederlagsreglens hypotetiske aftalesituation og bevisbyrde, samt domstolenes faktiske anvendelse af reglen i sammenhæng med de almindelige erstatningsregler. Vederlagsreglen kan anvendes som supplement til at beskytte de fortrolige oplysninger, men reglen kan ikke sikre en økonomisk kompensation ved alle oplysningerne, eller at der opnås efficiens i samme grad som den pønale konventionalbod.

Den pønale konventionalbod ved en fortrolighedspligt har større sandsynlighed for håndhævelse ved anvendelse af Draft Common Frame of Reference, da der er et øget fokus på

efficiens betragtninger ved erhvervsaftaler. Et misforhold mellem bodsbetalingen og det faktiske tab ved misligholdelse ikke er tilstrækkeligt for modificering af pønalboden. Der tages dog hensyn til forumlandets baggrundsret og den subjektive/kontekstuelle fortolknings tilgang giver mulighed for hensyn til retfærdighedsnormer frem for efficiens, hvorfor der ikke kan fastsættes en uniform regel om håndhævelse af konventionalboden ved DCFR.

Indstillingen til Virksomheden opsummerer og simplificerer de vigtigste forhold ved udformning af en konventionalbod ved en fortrolighedspligt; at fortrolighedspligtens genstand er fortrolig; at fortrolighedspligtens omfang er tidsmæssigt ubegrænset; at der tilknyttes en tilbageleverings- og destruktionspligt; at bodsbetalingen er Virksomhedens udtømmende mulighed for erstatning ved modpartens misligholdelse; at boden estimeres til den maksimale værdi af en fortrolig oplysning med stor værdi for Virksomheden; at boden differentieres til den konkrete misligholdelse; og at Virksomheden betaler et årligt vederlag til modparten for overholdelse af fortrolighedserklæringen.

Der er konciperet en fortrolighedserklæring med baggrund i denne indstilling.

Forkortelser

AFTL	Aftaleloven
CFR	Common Frame of Reference
CoPECL	Joint Network on European Private Law
DCFR	Draft Common Frame of Reference
H	Højesteret, Højesteretsdom
KBL	Købeloven
MFL	Markedsføringsloven
SH	Sø- & Handelsretten, Sø- & Handelsrettensdom
U	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre Landsret, Vestre Landsretsdom
Ø	Østre Landsret, Østre Landsretsdom

Litteraturfortegnelse

Andersen, Lennart Lynge og Madsen, Palle Bo. 2006. Aftaler og Mellemmænd. Forlaget Thomson A/S, København. 5. Udgave.

Andersen, Mads Bryde. 2009. Praktisk aftaleret. Forlaget Gjellerup, København. 3. Udgave.

Andersen, Mads Bryde. 2011. Enkelte transaktioner. Forlaget Gjellerup, København. 2. Udgave.

Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph. 2010. Lærebog i obligationsret I. Forlaget Thomson Reuters Professional A/S, København. 3. Udgave.

Ariely, Dan. 2008. Predictably Irrational. HarperCollins Publishers. 1. Udgave.

Bruce, Neil. 2001. Public Finance and the American Economy. Addison-Wesley Longman Inc., 2. Udgave.

Draft Common Frame of Reference Outline Edition. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. 2009. Sellier european law publishers GmbH, Munich.

Dutta, Prajit K. 1999. Strategies and Games: Theory and Practice. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts.

Edlin, Aaron S. og Schwartz, Alan. 2003. Optimal Penalties in Contracts. The Chicago-Kent Law Review, Vol. 78, No.1: s.33-54.

Edlin, Aaron S. 1998. Breach Remedies.

Gomard, Bernhard. 2008. Aftalelovens § 36 og erhvervskontrakter. Erhvervsjuridisk Tidsskrift nr.1 2008: s.14-26.

- Gomard, Bernhard og Pedersen, Hans Viggo Godsk og Ørgaard, Anders. 2009. Almindelig kontraktsret. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København. 3. Udgave.
- Korobkin, Russell. 2003. Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. The University of Chicago Law Review, Vol. 70, No.4 (Autumn, 2003): s.1203-1295.
- Korobkin, Russell og Ulen, Thomas. 2000. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. The California Law Review, Vol. 88, No.4 (Jul., 2000): s.1051-1144.
- Larouche, Pierre og Chirico, Filomena. 2010. Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group within CoPECL. Sellier european law publishers GmbH, Munich. 1. Udgave.
- Leong, Susanne H.S. og Leng, Ter Kah. 2002. Contractual Protection of Business Confidence. The Journal of Business Law, Sep. 2002: s.513-538.
- Milgrom, Paul og Roberts, John. 1992. Economics, Organization and Management. Prentice-Hall Inc.
- Moses, Margaret L. 2008. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. Cambridge University Press. 1. Udgave.
- Møgelvang-Hansen, Peter og Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan. 2007. Markedsføringsretten. Ex Tuto Publishing, København, maj 2007. 1. Udgave.
- Pindyck, Roberts S. og Rubinfeld, Daniel L. 2005. Microeconomics. Pearson Education Inc., 6. Udgave, International udgave.

Polinsky, A. Mitchell. 1983. Risk Sharing through Breach of Contract Remedies. *Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No.2 (June 1983): s.427-444.

Posner, Richard A. 2004. *The Law and Economics of Contract Interpretation*. November 5, 2004.

Raiffa, Howard og Richardson, John og Metcalfe, David. 2002. *Negotiation Analysis, The Science and Art of Collaborative Decision Making*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2002.

Riis, Thomas. 2005. *Enerettigheder og vederlagsrettigheder, Håndhævelse af immaterialrettigheder i økonomisk perspektiv*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København. 1. Udgave, 1. Oplag.

Shavell, Steven. 2005. *Is Breach of Contract Immoral?*. Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business; Discussion Paper No. 531 (11/2005)

Henvisninger til love og andre retsforskrifter mv.

Lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (Aftaleloven), lov nr. 242 af 08.05.1917, som senere ændret ved lbk.nr. 600 af 08.09.1986, og nu bekendtgjort ved lbk. nr. 781 af 26.08.1996. Loven ændres ved § 2 i lov nr. 1376 af 28.12.2011, der træder i kraft den 1. februar 2013, jf. bek. nr. 973 af 24.09.2012.

Lov om køb (Købeloven), lov nr. 102 af 06.04.1906, som senere ændret ved lbk. nr. 28 af 21.01.1980, og nu bekendtgjort ved lbk. nr.237 af 28.03.2003. Loven er efterfølgende ændret ved § 1 i lov nr. 523 af 06.06.2007, der er trådt i kraft 1. januar 2008, og ved § 7 i lov nr. 718 af 25.06.2010, der er trådt i kraft den 1. april 2011, jf. bek. nr. 208 af 15.03.2011.

Lov om markedsføring (Markedsføringsloven), lov nr. 1389 af 21.12.2005, som senere ændret ved lbk. nr. 839 af 31.08.2009, og nu bekendtgjort ved lbk. nr. 58 af 20.01.2012.

Forslag til lov om markedsføring, 2005/1 LSF 13, offentliggjort 06.10.2005.

Doms- og afgørelsesregister

UfR 1920.823 Ø, Muremester J. Lose mod Muremester Magnus Lublin, Sag VI Nr. 144/1920, Ø.L.D. 24. august 1920

UfR 1953.674 H, Kundby Andelsmejeri mod fhv. gårdejer Frederik Jensen, Sag 282/1952, H.D. 8. maj 1953.

UfR 1955.807/2 H, Grosserer Georg Ballin mod Etablissements Libaco, Sag 221/1954, H.D. 30. juni 1955.

UfR 1962.704/2 V, Brugsen for Silkeborg og Omegn mod slagtermester Peter Rasmussen, Sag VI 1640/1961, V.L.D. 12. maj 1962.

UfR 1967.940 V, Købmand Ernst August Christensen mod Kaffehandler Møller Holdflod Merrild, Sag VI 774/1967, V.L.D. 26. september 1967.

UfR 1968.120 S, Ozean/Stinnes-Linien mod speditør Oluf Olsen, Sag 10/1967, S.H.D. 1. september 1967.

UfR 1972.369/2 H, Grosserer Vagn Leger Jensen mod Grosserer Vagn Schmidt, Sag II 99/1971, H.D. 15. marts 1972.

UfR 1972.559 H, Værkfører Magnus Anders Jensen mod direktør Andreas Friedrich Østergaard, Sag II 196/1971, H.D. 24. april 1972.

UfR 1974.583 V, Firma Fr. Jensen & Co. mod Esbjerg kommune, Sag VII 378/1973, V.L.D. 8. februar 1974.

UfR 1977.306 H, Tune Ny Grusgrav mod Skako A/S, Sag I 144/1975, H.D. 23. marts 1977.

UfR 1979.931 Ø, Handicap-kørsel ved John Manley mod vognmand Ole Lillelund Larsen og vognmand Ib Carlsen, Sag 13-495/1977 og 50/1978, Ø.L.D. 21. juni 1979.

UfR 1984.702 Ø, A/S Hjørltevad Huse mod Erik Kreutzfeldt-Birch, Sag 13-36/1984, Ø.L.D. 29. marts 1984.

UfR 1985.600 H, Renserierjer Svend Overgård mod direktør Aage Peter Westendahl, Sag II 269/1983, H.D. 22. maj 1985.

UfR 1994.841 H, Jørgen Mikkelsen mod Per Toft og Flemming Østedgaard, Sag II 20/1992, H.D. 2. september 1994.

UfR 1994.898 H, Finn Hilmer og Kai Pedersen mod Bibliotekarforbundet og Dansk Post- og Giroforening, Sag II 337/1993, H.D. 23. september 1994.

UfR 1999.66 H, Preben Bisgaard mod Grenini A/S, Sag II 404/1995, H.D. 14. oktober 1998.

SH2002.H-0104-00, Fredensborg Fragt A/S mod Finn Klarskov Henriksen, Sag H 104/00, Sø- & Handelsrettens dom afsagt den 19. april 2002.

SH2003.V-0031-99, AJA af 1/11 2000 A/S mod Ingeniørforeningen Danmark som mandatar for sagsøgte 1) og BP-Light International ApS og direktør Klaus Bo Petersen, Sag V-31-99, Sø- & Handelsrettens dom afsagt den 10. marts 2003.

UfR 2004.2400 H, AB Formplast mod Aqua-Wall Danmark A/S, Sag 158/2001 (1. afd.), H.D. 24. juni 2004.

UfR 2004.2894 H, Intercargo Coldstores Holding A/S, Intercargo Coldstores A/S og Stig Nielsen mod Transport Administration A/S under konkurs, Intercargo Scandinavia A/S og Knud Jørgensen, Sag 437/2002, H.D. 2. september 2004.

UfR 2007.1949 V, A mod T A/S, Sag 13. afd. B-1236-06, V.L.D. 2. april 2007.

UfR 2009.2180 H, Brian Struve A/S mod Mazda Motor Danmark, Sag 357/2007 (2. afd.), H.D. 19. maj 2009.

OE2010.B-2018-09, V A/S, D og E mod P.H. Nissen & Sønner A/S under konkurs v/kurator Jørgen E. Frandsen, Sag ved 6. afd. a.s. nr. B-2018-09, Ø.L.D. 4. maj 2010.

SH2011.H-0072-09, Materielhuset A/S og Unihak AB mod Harry Sneitz-Karlsson, Sag H-72-09, Sø- & Handelsrettens dom afsagt den 19. maj 2011.

Bilag

Bilag A. Vurdering af dansk retspraksis ved konventionalbod i erhvervsforhold

Domsnr.	Parternes karakter	Pligtens karakter	Kendelse	Begrundelse
U.1920.823 Ø	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod nedsat	Vurdering af den økonomiske værdi
U.1953.674 H	Professionelt erhverv	Handlepligt	Bod nedsat	Vurdering af den økonomiske værdi
U.1955.807/2 H	Professionelt erhverv	Handlepligt	Bod nedsat	Vurdering af den økonomiske værdi
U.1962.704/2 V	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod fastholdt	Vurdering af den økonomiske værdi
U.1967.940 V	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod nedsat	Vurdering af den økonomiske værdi
U.1968.120 S	Professionelt erhverv	Handlepligt	Bod fastholdt	Vurdering af den økonomiske værdi
U.1972.369/2 H	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod fastholdt	Konkrete aftale- og obligationsretlige forhold
U.1972.559 H	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod fastholdt	Vurdering af den økonomiske værdi
U.1974.583 V	Professionelt erhverv	Handlepligt; Entreprise	Bod fastholdt	Vurdering af den økonomiske værdi
U.1977.306 H	Professionelt erhverv	Handlepligt; Entreprise	Bod nedsat og fastholdt	Vurdering af ansvarsgrundlaget, samt vurdering af den økonomiske værdi
U.1979.931 Ø	Professionelt erhverv, ansættelse	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod nedsat	Konkrete aftale- og obligationsretlige forhold
U.1984.702 Ø	Professionelt erhverv	Handlepligt; Entreprise	Bod nedsat og fastholdt	Vurdering af ansvarsgrundlaget, samt vurdering af den økonomiske værdi
U.1985.600 H	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod nedsat	Konkrete aftale- og obligationsretlige forhold
U.1994.841 H	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod fastholdt	Vurdering af den økonomiske værdi
U.1994.898 H	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Immaterielretlig	Bod nedsat	Vurdering af den økonomiske værdi

U.1999.66 H	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod fastholdt	Konkrete aftale- og obligationsretlige forhold
SH2002.H-0104-00	Professionelt erhverv, ansættelse	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod nedsat	Vurdering af den økonomiske værdi
SH2003.V-0031-99	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod fastholdt	Vurdering af den økonomiske værdi
U.2004.2400 H	Professionelt erhverv	Handlepligt; Forsinkelse	Bod nedsat	Vurdering af den økonomiske værdi
U.2004.2894 H	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod nedsat	Koncipistreglen og en vurdering af den økonomiske værdi
U.2007.1949 V	Professionelt erhverv, ansættelse	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod nedsat	Vurdering af den økonomiske værdi
U.2009.2180 H	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod fastholdt	Konkrete aftale- og obligationsretlige forhold
OE2010.B-2018-09	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Hemmelighedsaftale	Bod nedsat	Vurdering af den økonomiske værdi
SH2011.H-0072-09	Professionelt erhverv	Undladelsespligt; Konkurrenceklausul	Bod fastholdt	Vurdering af den økonomiske værdi