

REMISSYTTRANDE

2017-09-15

Justitiedepartementet
Enheten för fastighetsrätt och
associationsrätt
Ju2017/05104/L1

Remissvar på SOU 2017:45

AIPPI Sverige har tagit del av betänkandet i SOU 2017:45, Ny lag om företagshemligheter, och föreningen önskar framföra följande.

Allmänt

AIPPI Sverige har vid sin granskning av betänkandet fokuserat på implementering av EU-direktivet och om den bidrar till syftet att verka för en harmonisering för skyddet av företagshemligheter över landsgränserna. Med den nuvarande lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter (FHL) har Sverige länge stått ut ett som ett positivt exempel, både inom och utanför EU, som ett av få länder med ett enhetligt och tydligt skydd för företagshemligheter. De specifika kommentarer som AIPPI Sverige har beskrivs nedan med utgångspunkt i förslaget till ny lag (2018:0000) om företagshemligheter (nedan Nya FHL), snarare än utifrån artiklarna i EU-direktivet om skydd för företagshemligheter.

Som en allmän kommentar på Nya FHL, anser AIPPI Sverige att strävan att så långt som möjligt behålla lagtext och systematik från FHL riskerar att medföra att Sverige fortsättningsvis kommer stå ut som ett negativt exempel inom EU. Detta eftersom den svenska implementeringen av EU-direktivet, framförallt vad gäller lagtext, skiljer sig i väsentliga delar från EU-direktivet. Den information som AIPPI Sverige hittills har är att implementeringen i andra EU-länder kommer bestå i utfärdande av nationell lag för skydd av företagshemligheter som i stor grad följer texten och systematiken i EU-direktivet. Det är också naturligt i länder där det inte tidigare finns någon sådan nationell lag. Det behov av relativt omfattande direktivkonform tolkning som måste göras av Nya FHL, och att förhålla sig till tidigare nationella koncept som i delar blir obsoleta, riskerar därför att skapa osäkerhet om Sveriges implementering av EU-

President	Vice president	Skattmästare	Sekreterare	Webbmästare	Klubbmästare
<i>Sanna Wolk</i>	<i>Kristian Fredriksson</i>	<i>Jonas Westerberg</i>	<i>David Leffler</i>	<i>Kacper Szkalej</i>	<i>Annie Azra Kabala Osmancevic</i>

direktivet och vad som gäller vid gränsöverskridande angrepp. Det vore en mycket olycklig utveckling.

AIPPI Sverige vill här också framhålla att föreningen noggrant följt utvecklingen efter införande av den nya domstolsordningen för hantering av immaterialrättsliga mål och ärenden den 1 september 2016. Som vi märkt har under det första året flera mål fått en olycklig uppdelning – redan i första eller annars i andra instans – vid tvister om anställdas hantering av företagshemligheter och upphovsrättsskyddat material. Vid införlivandet av EU-direktivet i andra EU-länder, kan uppmärksammas att tvister om företagshemligheter många gånger hanteras i samma domstolsordning som tvister om immateriella rättigheter. Även i detta avseende riskerar därför Sverige att stå ut som ett negativt exempel inom EU.

AIPPI Sverige föreslår därför att tillägg i Nya FHL sker för att tvister exklusivt ska hanteras i Patent- och marknadsdomstolen som första instans samt att tillägg sker för Nya FHL i lag (2016:188) om patent- och marknadsdomstolarna.

Förslag till ny lag (2018:0000) om företagshemligheter

1 §

I enlighet med vad som utvecklas i betänkandet (s. 103) föreslås det att 1 § 1 st. 3 mom. FHL (d.v.s. "vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende") förs över från FHL till Nya FHL, istället för att använda EU-direktivets motsvarande förutsättning (i art 2.1(b)) för att något ska vara en företagshemlighet (d.v.s. att "[d]en har kommersiellt värde på grund av att den är hemlig"). De övriga förutsättningarna i 1 § 1 st. motsvarar i stort sett ordagrant förutsättningarna som anges i art 2.1 i EU-direktivet. Det kan förutsättas att Nya FHL kan komma att tillämpas i fall av gränsöverskridande angrepp på företagshemligheter. I sådana fall, men även i övrigt, kan det förutsättas att alla eventuella skillnader mellan Nya FHL och EU-direktivet kan orsaka oklarheter som försvårar en effektiv tvistelösning. Det kan motverka syftet som anges i EU-direktivets skäl (10) och (14) om att säkerställa en "enhetlig möjlighet till civilrättslig prövning" och "en enhetlig definition av begreppet företagshemlighet".

Förslaget till 1 § 1 st. 3 mom. Nya FHL motiveras i betänkandet med att det inte torde göra någon skillnad mot EU-direktivets motsvarande förutsättning och därför inte strida mot direktivet samt att begreppet är både beskrivande och omfattande (s. 112-113). Vid en nödvändig direktivkonform tolkning av EU-direktivet, som är ett s.k. minimidirektiv i relevant avseende, kan dock en skillnad mellan Nya FHL och EU-direktivet endast leda till att svensk rätt ger ett vidare skydd för företagshemligheter

President	Vice president	Skattmästare	Sekreterare	Webbmästare	Klubbmästare
<i>Sanna</i>	<i>Kristian</i>	<i>Jonas</i>	<i>David</i>	<i>Kacper</i>	<i>Annie Azra</i>
<i>Wolk</i>	<i>Fredriksson</i>	<i>Westerberg</i>	<i>Leffler</i>	<i>Szkalej</i>	<i>Kabala Osmancevic</i>

än enligt EU-direktivet. Det tycks dock inte vara avsikten med 1 § Nya FHL. Fördelarna med att hålla sig till EU-direktivets formulering bör därför väga tyngre. AIPPI Sverige förordar därför att 1 § 1 st. 3 mom. Nya FHL istället ändras till följande: "som har kommersiellt värde på grund av att den är hemlig."

2 §

Art 4.5 i EU-direktivet innebär en utvidgning av vilka åtgärder som utgör angrepp jämfört med FHL, eftersom intrångsgörande varor per definition kan omfatta sådant som inte innebär ett *utnyttjande* av företagshemlighet enligt art. 2.4 EU-direktivet ("gynnats avsevärt av"; se 2 § 2 st. Nya FHL). AIPPI Sverige anser inte, tills skillnad från vad som anges i betänkandet (s. 137 och s. 396), att det är klart att *utnyttjande* av företagshemlighet omfattar produktion av intrångsgörande varor, utbjuda dem till försäljning eller släppa ut dem på marknaden enligt art 4.5 i EU-direktivet. Intrångsgörande varor kan i många fall inte alls i sig innehålla några företagshemligheter (efter att de färdigutvecklats) och företagshemligheter utnyttjas då sannolikt inte heller när sådana varor hanteras. AIPPI Sverige förordar därför att även dessa angrepp (d.v.s. producera intrångsgörande varor, utbjuda dem till försäljning eller släppa ut dem på marknaden) uttryckligen bör framgå av 2 § 1 st. Nya FHL för att EU-direktivet ska bli korrekt implementerat.

AIPPI Sverige noterar att det förekommer en olycklig hänvisning till EU-direktivets skäl (28) i betänkandet (s. 137), som skulle kunna tolkas som att tillämpningen av 2 § Nya FHL ska begränsas till import från länder utanför EU. Det kan naturligtvis inte vara avsikten och skulle stå i motsättning till andra genomgående ändringar i Nya FHL att stryka hänvisning till angrepp "enligt denna lag", vilket AIPPI Sverige ser mycket positivt på för att möjliggöra för sanktioner i Sverige även vid förangrepp begångna i t.ex. annat EU-land. Det vore önskvärt om det förtydligades i lagrådsremissen avseende Nya FHL att all import, oavsett från vilket land, omfattats. Detta för att undvika tvisteförande oklarheter.

3 §

Även om 3 § Nya FHL överensstämmer med 2 § FHL, anser AIPPI Sverige att konstruktionen med att endast delvis definiera vad som utgör obehöriga angrepp genom att bara ange vad som aldrig kan anses som ett obehörighet angrepp riskerar att skapa oklarhet i ljuset av den direktivkonforma tolkning som måste ske i förhållande till art. 3 i EU-direktivet. Som anges i art. 1 är art. 3 tvingande för medlemsstaterna. Exempelen som ges i 3 § 2 st. Nya FHL är dessutom mindre relevanta enligt Nya FHL, jämfört med motsvarande skrivning i 2 § 2 st. FHL, i och med att information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande

President	Vice president	Skattmästare	Sekreterare	Webbmästare	Klubbmästare
Sanna	Kristian	Jonas	David	Kacper	Annie Azra
Wolk	Fredriksson	Westerberg	Leffler	Szkalej	Kabala Osmancevic

uttryckligen kommer att undantas från information som kan utgöra företagshemlighet (enligt 1 § 3 st. Nya FHL). Att i princip de enda exempel som anges i 3 § Nya FHL avser hantering av sådan typ av information, som uttryckligen inte utgör en företagshemlighet enligt 1 § Nya FHL, gör att utrymmet för att faktiskt tillämpa exemplet i 3 § Nya FHL blir relativt litet och att det som just ett exempel därför blir högst oklart. Överlappandet mellan skrivningarna i 1 § Nya FHL och 3 § FHL blir helt enkelt opedagogiskt. AIPPI Sverige förordnar därför, i första hand, att hela art. 3 används som text för 3 § Nya FHL (t.ex. att uppräkningsen i art. 3.1 skrivs in som exemplifieringen i andra stycket till 3 § Nya FHL) och, i andra hand, att fler exempel och begrepp från art. 3 införs i 3 § Nya FHL (i synnerhet "god affärssed", som ändå kan förutses åberopas i de flesta fall av påstått angrepp). Det kan annars vara mycket svårt för den som inte är insatt i rättsområdet att förstå vad som gäller. Risken för att Nya FHL tolkas i strid med EU-direktivet blir också högre.

Behovet av tydlighet måste även beaktas i ljuset av att 3 § Nya FHL också är avgörande för om en handling är brottslig enligt Nya FHL eller inte. Även om EU-direktivet inte harmoniserar straffrätten, är den svenska lösningen (d.v.s. att i 3 § Nya FHL ange undantag från vad som annars utgör angrepp) något som gäller för både civilrättsligt och straffrättsligt ansvar. Då avsikten är att 3 § Nya FHL ska tolkas så att alla situationer som nämns i art 3 i EU-direktivet omfattas, kommer därför en direktivkonform tolkning behöva göras även straffrättsligt (samma bestämmelse kan naturligtvis inte ges en civilrättslig tolkning och en annan straffrättslig tolkning enligt svensk rätt, utan måste vara entydig).

10 §

AIPPI Sverige ifrågasätter slutsatsen i betänkandet att behållande av bestämmelsen i 7 § 2 st. FHL, avseende "synnerliga skäl", kan kvarstå oförändrad (10 § 2 st. Nya FHL) och att Nya FHL ändå uppfyller EU-direktivet (s. 190-193). Denna slutsats tycks baseras på att "synnerliga skäl" alltid föreligger om den tidigare arbetstagaren handlat med uppsåt. Om regeringen skulle instämma i betänkandets förslag förordar AIPPI Sverige att det, för undvikande av missförstånd, uttryckligen framgår av lagtexten att uppsåtliga angrepp alltid innebär att synnerliga skäl föreligger.

AIPPI Sverige noterar också att det inte förekommer något resonemang i betänkandet om bestämmelsen i 7 § 2 st. FHL, avseende "synnerliga skäl", bör kvarstå oförändrad. Detta är förvånande sett till det mycket betydande ändringen som föreslås genom 1 § 3 st. Nya FHL, med innebörden att arbetstagares erfarenhet och färdigheter som erhålls vid normal yrkesutövning inte utgör företagshemligheter. Eftersom arbetstagares erfarenhet och färdigheter undantas från vad som kan utgöra företagshemlighet tycks

President	Vice president	Skattmästare	Sekreterare	Webbmästare	Klubbmästare
Sanna	Kristian	Jonas	David	Kacper	Annie Azra
Wolk	Fredriksson	Westerberg	Leffler	Szkalej	Kabala Osmancevic

bestämmelsen i 7 § 2 st. FHL inte längre behövas. Bestämmelsen fungerade tidigare som ett hinder för arbetsgivare att verkställa skydd för företagshemligheter motsvarande arbetstagares erfarenhet och färdigheter i förhållande till sina tidigare arbetstagare.

Vidare innebär förslaget att behålla i 7 § 2 st. FHL, avseende "synnerliga skäl", att tidigare arbetstagare potentiellt har ett striktare straffrättsligt ansvar än civilrättsligt ansvar under de första två åren efter avslutad anställning. Detta framgår vid en jämförelse mellan de civilrättsliga förutsättningarna för ansvar enligt 10 § Nya FHL och den straffrättsliga förutsättningen för ansvar enligt 5 § Nya FHL. Undantaget för ansvar enligt 5 § 2 st. Nya FHL om försvarliga eller annars mindre allvarliga gärningar torde kunna vara mer begränsande än att undanta alla gärningar där det inte föreligger "synnerliga skäl", d.v.s. att vissa gärningar efter anställnings upphörande innebär straffrättsligt ansvar enligt 5 § Nya FHL men inte civilrättsligt ansvar enligt 10 § Nya FHL. AIPPI Sverige ifrågasätter slutsatsen i betänkandet, som inte förklaras närmare, att det inte torde kunna uppstå en situation där en gärning är brottslig utan att det samtidigt föreligger synnerliga skäl för skadestånd (s. 407). En arbetsgivare kan därmed bli hänvisad till att anmäla till åtal enligt 5 § Nya FHL för att kunna få skadestånd enligt 8 § Nya FHL, trots att arbetsgivaren annars skulle vara nöjd med en civilrättslig skadeståndsdom. Enligt AIPPI Sverige bör det vid lagstiftning undvikas att straffrättsliga processer inleds utan att målsägandet finner det nödvändigt och att det istället säkerställs att civilrättsliga åtgärder finns som fullgoda alternativ, vilket bl.a. kan spara resurser för samhället.

AIPPI Sverige förordar därför att behovet av bestämmelsen i 10 § 2 st. FHL, om "synnerliga skäl", övervägs ytterligare. Om bedömningen förblir att sådan bestämmelse bör kvarstå, förordar AIPPI Sverige att samma bedömningsgrund (och samma lagtext) tillämpas för undantaget från ansvar i 5 § 2 st. (och 6 § 2 st.) Nya FHL som i 10 § 2 st. Nya FHL.

Motsvarande diskrepans mellan straffrättsligt och civilrättsligt ansvar som inte är motiverat, d.v.s. en situation där en gärning är brottslig utan att det samtidigt föreligger civilrättslig ansvarsgrund, kan också uppstå på grund av det särskilda kravet på insikt i 10 § 1 st. Nya FHL. Det kravet förekommer inte i 5 § Nya FHL. Den situation som avses träffas av insiktskravet i 10 § 1 st. Nya FHL, d.v.s. säkerställa att arbetsgivare rimligen informerar arbetstagare vad de får och inte får göra med den information som de får tillgång till, borde istället fullgott tillgodoses genom kravet på vidtagande av rimliga åtgärder för hemlighållande (1 § 1 st. 2 mom. Nya FHL; vilket utgör ett striktare krav på tydligt agerande från innehavaren än enligt FHL, se s. 109-112). AIPPI Sverige förordar därför att insiktskravet i 10 § 1 st. Nya FHL tas bort.

President	Vice president	Skattmästare	Sekreterare	Webbmästare	Klubbmästare
<i>Sanna</i>	<i>Kristian</i>	<i>Jonas</i>	<i>David</i>	<i>Kacper</i>	<i>Annie Azra</i>
<i>Wolk</i>	<i>Fredriksson</i>	<i>Westerberg</i>	<i>Leffler</i>	<i>Szkalej</i>	<i>Kabala Osmancevic</i>

13 §

AIPPI Sverige noterar att det i flera avsnitt i betänkandet görs uttalanden som skulle kunna tolkas som att 13 § 1 st. Nya FHL, och nuvarande 9 § FHL, förutsätter att det föreligger en faktisk ekonomisk skada för att allmänt skadestånd ska kunna utdömas och därmed utgöra en bevislätnadsregel (se bl.a. s. 65 och s. 184-185). Så är helt klart inte fallet. Det framgår tydligt av rättspraxis att allmänt skadestånd är ett särskilt skadestånd som är självständigt från det ekonomiska skadeståndet (se bl.a. AD 2006:49, AD 2003:61 och RH 2002:11). Utdömmande av allmänt skadestånd förutsätter därför ingen bevisning, eller ens påstående, om någon faktisk ekonomisk skada. AIPPI Sverige anser att detta bör förtydligas i lagrådsremissen avseende Nya FHL. Möjligheten till allmänt skadestånd för angrepp på företagshemligheter är relativt unikt inom svensk rätt (den förekommer i övrigt endast i 55 § medbestämmandelagen) och förekommer bl.a. inte vid intrång i immateriella rättigheter (jfr s. 185 i betänkandet). Denna särskilda skadeståndsbestämmelse har väsentlig betydelse eftersom den innebär att det aldrig kan te sig fördelaktigt att kalkylera med möjligheten att angripa någon annans företagshemlighet (se prop. 1987/88:155, s 49).

AIPPI Sverige förordnar att lagtexten i 13 § 1 st. Nya FHL övervägs ytterligare i ljuset av risken för missförstånd om förutsättningarna för allmänt skadestånd, i synnerhet vad gäller den andra meningen om beaktande av utebliven vinst och skadegörarens vinst som, till skillnad från det allmänna skadeståndet, tydligt utgör en bevislätnadsregel för det ekonomiska skadeståndet.

14, 15, 16, 19, 20, 21, 22 och 23 §§ (förbudsbestämmelserna)

I 14 och 15 §§ FHL finns ingen möjlighet att meddela vitesförbud mot den som *medverkar* till angrepp på företagshemligheter. Utan uttryckligt lagstöd är det tveksamt om vitesförbud alls kan meddelas mot den som medverkat. I den immaterialrättsliga lagstiftningen finns det ett långtgående medverkansansvar. Av den immaterialrättsliga lagstiftningen följer ett uttryckligt medverkansansvar i de immaterialrättsliga förbudsbestämmelserna (se exempelvis 53(b) § 1 st. upphovsrättslagen). Eftersom det är angeläget med kongruens mellan bestämmelserna om vitesförbud i immaterialrätten respektive för företagshemligheter förordar AIPPI Sverige att 14 och 15 §§ Nya FHL justeras på ett sådant vis att bestämmelserna också omfattar den som medverkar till angrepp.

Av 14 § Nya FHL framgår det att slutligt vitesförbud kan meddelas vid försök eller förberedelse till angrepp. Enligt ordalydelsen i 20 § Nya FHL finns ingen motsvarande möjlighet att meddela interimistiskt vitesförbud vid försök eller förberedelse. Detta förefaller vara en lapsus då samtliga bestämmelser om slutliga vitesförbud och

President	Vice president	Skattmästare	Sekreterare	Webbmästare	Klubbmästare
Sanna	Kristian	Jonas	David	Kacper	Annie Azra
Wolk	Fredriksson	Westerberg	Leffler	Szkalej	Kabala Osmancevic

interimistiska vitesförbud i immaterialrätten är kongruenta, d.v.s. samma förutsättningar gäller för meddelande av såväl interimistiska som slutliga vitesförbud. Därtill kommer att det av art. 4.1 i EU-direktivet följer att innehavaren av en företagshemlighet ska kunna ansöka om de åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs i detta direktiv även i ett tidigt skede. Av art. 10 i EU-direktivet följer sedan att interimistiskt föreläggande ska kunna meddelas. Likaså följer av art. 11 i EU-direktivet att åtgärder enligt art. 11 ska kunna meddelas om angrepp är nära förestående.

AIPPI Sverige förordar därför att 20 § Nya FHL justeras på ett sådant vis att den också uttryckligen omfattar en möjlighet att meddela interimistiskt vitesförbud vid *försök och förberedelse* till angrepp på företagshemligheter. Uttrycks inte detta uttryckligen i bestämmelsen finns det en betydande risk att 20 § Nya FHL inte anses omfatta försök eller förberedelse. Om så är fallet kan en sådan möjlighet möjligen inte heller tolkas in genom direktivkonform tolkning, eftersom en sådan tolkning skulle kunna stå i strid med legalitetsprincipen. Om 20 § Nya FHL inte omfattar försök och förberedelse implementeras EU-direktivet således inte på ett korrekt vis.

AIPPI Sverige förordar även att det förtydligas i 20 § 2 st. Nya FHL hur sådant beslut ska formuleras. Som påminnelse till domstolarna borde det åtminstone anges att sådant beslut naturligtvis måste innehålla också ett förbud mot framtida röjande av företagshemligheten, då detta är en förutsättning för ett tillåtande av fortsatt obehörigt utnyttjande av en företagshemlighet enligt 20 § 2 st. Nya FHL.

Vad slutligen gäller formuleringen av förbudsbestämmelserna, framstår det som att likhet med motsvarande bestämmelser i immaterialrättslagarna skulle vara tydligare än behållandet av likhet med förbudsbestämmelserna i FHL. Detta då ingen skillnad tycks avses med motsvarande bestämmelser i immaterialrättslagarna. Det innebär bl.a. att flera av förbudsbestämmelserna i Nya FHL kunde skrivas ihop till en och samma bestämmelse (jfr t.ex. 53(b) § upphovsrättslagen).

17 §

AIPPI Sverige noterar att slutsatsen i betänkandet är att möjligheterna till bevissäkring som ges enligt 15 kap. rättegångsbalken är tillräckliga (s. 205-208). Efter Högsta domstolens beslut den 12 juni 2017 i mål nr Ö 5078-16, kan dock den slutsatsen ifrågasättas vad gäller bevissäkring vid angrepp på företagshemligheter. AIPPI Sverige föreslår istället att motsvarande möjligheter till bevissäkring som ges enligt de immaterialrättsliga lagarna också införs i Nya FHL (se t.ex. 53(c) § upphovsrättslagen om informationsföreläggande och 56(a) § upphovsrättslagen om intrångsundersökning).

President	Vice president	Skattmästare	Sekreterare	Webbmästare	Klubbmästare
Sanna Wolk	Kristian Fredriksson	Jonas Westerberg	David Leffler	Kacper Szkalej	Annie Azra Kabala Osmancevic

*Den Internationella föreningen för immaterialrätt
Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle
Internationalen Vereinigung für den Schutz des Geistigen Eigentums
International Association for the Protection of Intellectual Property*



Det är ett faktum att många tvister som egentligen handlar uteslutande om skydd för företagshemligheter, formuleras som olovlig kopiering av upphovsrättsskyddat material för att få tillgång till de möjligheter till bevissäkring som ges enligt upphovsrättslagen men inte enligt FHL. Det är olyckligt med denna diskrepans. AIPPI Sverige anser att det finns ett behov av sådana åtgärder i Nya FHL, eftersom det skulle förenkla domstolsprocesserna genom att tvister begränsas till att bara gälla företagshemligheter och inte också upphovsrätt av skäl som är rent processuellt motiverade.

Detta remissvar har utarbetats av advokat Erik Ficks, adjungerad till AIPPI Sveriges styrelse. Det har kommunicerats inom AIPPI Sveriges styrelse och expedieras av AIPPI Sveriges sekreterare, jur.kand. David Leffler.

För AIPPI Sverige

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Sanna Wolk".

Sanna Wolk

Ordförande

A handwritten signature in black ink, appearing to read "David Leffler".

David Leffler

Sekreterare

AIPPI Sverige främjar intresset för och kunskapen om såväl det nationella som internationella immaterialrättsskyddet. Det sker bl.a. genom dokumentation, seminarier och konferenser samt genom att fungera som remissinstans. Genom AIPPI Sveriges verksamhet bidrar vi till en ändamålsenlig och enhetlig utveckling av lagstiftning och rättstillämpning på området, såväl i Sverige som på det internationella planet.

AIPPI Sverige är en del av den internationella föreningen the International Association for the Protection of Intellectual Property (AIPPI).

President	Vice president	Skattmästare	Sekreterare	Webbmästare	Klubbmästare
Sanna Wolk	Kristian Fredriksson	Jonas Westerberg	David Leffler	Kacper Szkalej	Annie Azra Kabala Osmancevic