

Wainikkas Innovationsbyrå

Pålsundsgatan 1 b

117 31 Stockholm

Tel 08-6689849

YTTRANDE

Datum

2017- 09-15

Er referens

Ju2017/05104/L1

Justitiedepartementet

Enheten för fastighetsrätt och associationsrätt

Remissyttrande över SOU 2017:45

Ny lag om företagshemligheter

Wainikkas Innovationsbyrå vill med det följande lämna ett remissvar till SOU 2017:45, Ny lag om företagshemligheter. Firman är inte med på listan över remissinstanser. Det finns ändå ett önskemål att yttra sig eftersom firman under har drygt 20 år arbetat med frågor kring skydd för företagshemligheter vilket bland annat resulterat i ett flertal böcker och artiklar kring dessa frågor.

På det stora hela anser vi att utredningen har på ett bra sätt utrett frågan om hur *Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2016/943 om skydd mot icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) anskaffas, utnyttjas och röjs* kan genomföras i svensk rätt. Utifrån ett helhetsperspektiv kring innovation, inte minst i ljuset av digitalisering och internationalisering, finns dock ett antal viktiga påpekanden att göra.

Ett första påpekande handlar om det uppdrag utredningen fick. Detta uppdrag var snävt kopplat till genomförandet av direktivet, med några ytterligare frågor.¹ Det hade funnits all anledning att ta ett bredare grepp om skyddet för företagshemligheter, inte minst utifrån det perspektiv på immateriella tillgångar som legat till grund för de uppdrag regeringen gett Vinnova och Patent- och registreringsverket.

Det är möjligt att utredningen behövde dessa snäva ramar för att klara av uppdraget så att genomförandet kan vara klart till 2018. Det är dock beklagligt att inte ta ett bredare perspektiv

¹ Dir. 2016:13.

kring denna typ av immateriella tillgångar när nu en utredning fanns på plats, med stor samlad sakkunskap.

Lagstiftningens konstruktion

Till skillnad från flertalet immaterialrättsliga ensamrätter är skyddet för företagshemligheter harmoniserat i en väldigt liten utsträckning. Det brukar anses att företagshemligheter omfattas av art 10bis Pariskonventionen, men företagshemligheter anges inte uttryckligen. I art 39 TRIPS finns en skrivning om företagshemligheter, men den är så allmänt hållen att den inte föranlett någon internationell harmonisering.

I det ljuset är det direktiv vars genomförande utredningen behandlat mycket välkommet. Skyddet för företagshemligheter skiljer sig åt diametralt mellan olika medlemsstater. Skillnaderna gäller såväl begreppet (det som kan få skydd) och vilka angrepp som leder till ansvar.

Det går dock inte att komma ifrån att dessa stora skillnader inte fullt hanterats via EU-direktivet. Helt centrala frågor har lämnats utanför, såsom de delar i skyddet för företagshemligheter som handlar om straff. Idag är det så att handlingar som kan leda till fängelsestraff i en medlemsstat är helt straffritt i en annan.

Utredningen borde tagit avstamp i dessa frågor bland annat för att utreda i vilken mån detta innebär problem för svenska företag som agerar på en internationell marknad. På anekdotisk nivå framhålls ibland att detta medför högre transaktionskostnader eftersom det ställer högre krav på avtalen. Det framhålls också att det kan inverka på vilka marknader man väljer att gå in på.²

Den digitala inre marknad som sägs vara ett mål förutsätter att de immateriella tillgångarna, såsom företagshemligheter, kan ges ett så likartat skydd som möjligt inom denna marknad. Sverige bör aktivt arbeta för en vidare harmonisering.

Lagstiftningens syften

Innovationer idag är ett mycket bredare begrepp än bara nya former av tekniska lösningar. Med innovationer förstås också allt från tjänsteinnovationer till kommunikationsinnovationer.³

² Se till exempel i Svenskt Näringslivs rapport "En översyn av lagen om skydd för företagshemligheter" från 2004.

³ Se den nationella innovationsstrategin som antogs av dåvarande regeringen i oktober 2012. För immaterialrättigheter i relation till olika typer av innovationer, se Wainikka, Att skydda innovationer, Studentlitteratur 2013.

Centralt för många typer av innovationer är det finns hemlig information i relation till innovationen som är en av de allra viktigaste tillgångarna. För till exempel en franchisetagare är varumärket en central del i franchiseavtalet, men även information om tjänstens själva utförande.

EU-direktivet, och därmed utredningen, adresserar inte i någon större utsträckning vilka konsekvenser detta får. I många av medlemsstaterna görs tydlig åtskillnad i skyddet mellan information av teknisk karaktär och information av kommersiell eller administrativ karaktär. Dessa skillnader beror till stora delar på en idag arkaisk syn på vilken typ av innovationer som är av betydelse.

För svensk del har lagen om skydd för företagshemligheter alltid omfattat såväl information av teknisk som av kommersiell och administrativ karaktär. För det svenska näringslivet är detta av stor betydelse, inte minst eftersom vi har kommit långt när det gäller digitalisering och utvecklingen av innovativa tjänster.

Såsom direktivet är utformat finns en risk att de skillnader som finns härvidlag kan komma att bestå mellan medlemsstaterna. För innovativa svenska företag kan detta leda till problem, inte minst eftersom de rättsliga skillnaderna också leder till olika syn på hur viktig olika typer av information är att hemlighålla.

Begreppet företagshemlighet, 1 §

Centralt i såväl direktivet som i förslaget som utredningen presenterar är själva begreppet företagshemlighet. Utgångspunkten är att för något ska kunna utgöra företagshemlighet måste det vara fråga om information.

Definitionen av informations rättsliga karaktär skiljer sig åt mellan medlemsstaterna. I vissa medlemsstater finns tendenser till att betrakta information i sig som en sak, som något som i sig kan stjälas. I andra medlemsstater, såsom Tyskland och Sverige, är klart att information inte är en sak.

Det bör vara klart för aktörer i Sverige att frågan om hur information ska betraktas rättsligt inom unionen är en fråga som genom direktivet kan landa i EUD. Här kommer det alltså finnas en viss rättsosäkerhet.

Utredningens förslag till begreppet företagshemlighet ligger nära direktivet, men med vissa ändringar. Den föreslagna skrivningen i 1 § p 3 om information *”vars röjande är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende”* är olycklig.

Den ena anledningen till att detta val är olyckligt är att det i sig är en mindre lyckad formulering. Det finns fler typer av angrepp än bara röjande. Formulering ger också sken av att det vid analys av om informationen klarar kraven som ställs i rekvisiten ska göras en värdering av syftet bakom ett röjande som har skett.

Den andra anledningen till att det är olyckligt att inte ansluta sig till den formulering som finns i direktivet om att informationen har *"ett kommersiellt värde gå grund av att den är hemlig"*. Denna formulering är väletablerad internationellt via TRIPS-avtalet och är den som används i direktivet. Att inte välja denna formulering kan leda till en rättsosäkerhet beträffande tolkningen av begreppet, inte minst i samband med internationella affärstransaktioner.

Angreppen, 2-3 §

Förslaget använder sig av det samlade begreppet "angrepp", vilket omfattar bland annat anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemlighet utan innehavarens samtycke. Det fyller helt klart en funktion att ha ett samlande begrepp, men beskrivningen av olika former av olagliga angrepp kunde legat närmare art. 4 i direktivet. Beskrivningen hade också behövt vara än tydligare om att digitala angrepp omfattas, inte minst eftersom företagshemligheter är än viktigare för de företag som arbetar med innovationer i en digital miljö.

Utformningen av förslaget till 3 § är också lite väl förenklat i förhållande till texten i direktivet. Det är viktigt att lagstiftningen är tydlig vad gäller obehöriga angrepp, inte minst för att det i denna regel ligger en avvägning i relation till art 10 i europakonventionen om mänskliga rättigheter.

Det är mycket välkommet att skrivningen i 2 § st 3 i dagens lag om skydd för företagshemligheter om sådan information som någon fått del av i god tro försvinner. Dagens skrivning i denna del kan få olyckliga konsekvenser och kan utnyttjas genom att god tro någonstans i en kedja utsläcker allt ansvar.

Ansvar för 5 §

Förslaget till 5 § innebär ett mycket välkommet tillskott eftersom straffrihet för de som fått del av företagshemligheter i exempelvis en anställning varit en unik, men dålig, svensk lösning. Detta förslag har inte sitt ursprung i direktivet, men det är bra att utredningen lagt fram ett tydligt förslag i denna del.

De som får del av företagshemligheter i någon form av relation har fått den som ett led i ett förtroende. Den som då olovligen röjer eller utnyttjar företagshemligheten bör inte bara ha ett skadeståndsansvar utan även ett straffansvar, inte minst eftersom det inverkar på vilken hjälp innehavaren kan få av rättsvårdande myndigheter.

Med tanke på hur relationer förändrats på dagens arbetsmarknad är det viktigt att denna ansvarsregel inte bara omfattar de där det finns ett traditionellt anställningsförhållande. Formuleringarna som valts kan dock leda till viss rättsosäkerhet beträffande vilka som omfattas. Det bör övervägas om skrivningarna inte kan vara tydligare.

Den begränsning som finns inlagd i och med tvåårsgränsen kan ifrågasättas. Det ter sig som en alltför kort tidsperiod och den bör rimligen förlängas till åtminstone fem år.

Domstolssystemet

Ett skydd för immateriella tillgångar blir aldrig effektivare än möjligheterna att genomdriva det i domstol. Frågan om i vilken domstol, eller vilka domstolar, mål om företagshemligheter ska hanteras är därför av stor betydelse.

Idag avgörs mål om företagshemligheter såväl inom det allmänna domstolssystemet som i Arbetsdomstolen. Vid införandet av Patent- och marknadsdomstolarna framfördes från flera remissinstanser att även mål om företagshemligheter borde föras dit, förutom de mål som hänför sig till Arbetsdomstolen. Det är vår bestämda uppfattning att lag (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar ändras så att mål om företagshemligheter fördelas mellan Patent- och marknadsdomstolarna och Arbetsdomstolen.

Till detta kommer dock en fråga om hur det allmänna domstolssystemet och Arbetsdomstolen tillämpat olika delar av dagens lag om skydd för företagshemligheter. Det kan noteras att domstolarna tolkat framförallt 9 § på olika sätt. Arbetsdomstolen har tillämpat det i linje med arbetsrättens regler om allmänt skadestånd, medan Högsta domstolen främst tycks använt den som en parameter bland andra vid en skönsmässig bedömning av skadan enligt 35:5 rättegångsbalken. Konsekvenserna av detta hade varit värda att lyfta i utredningen.

Generella kommentarer

Förhoppningsvis innebär direktivet bara ett första steg i harmoniseringen av skyddet för företagshemligheter inom EU. Det finns all anledning att försöka lägga sig nära direktivets strukturer och begrepp eftersom dessa förmodligen kommer ligga till grund för ett fortsatt arbete.

De nationella lösningar, särskilt beträffande begreppet, som valts kan komma att bli en onödig omväg. På andra områden, såsom upphovsrätten, kan det konstateras att centrala begrepp förr eller senare blir unionsrättsliga begrepp. Visserligen öppnar direktivet för vissa nationella lösningar, men risken att vår lösning *til syvende och sidst* ändå blir överkörd av unionsrätten gör att det finns fler nackdelar än fördelar med ett nationellt begrepp som skiljer sig från direktivtexten.

För Wainikkas Innovationsbyrå

Christina Wainikka