

**Otillbörlig konkurrens –
företagshemligheter,
marknadsrätt och
kumulation**

Advokat Henrik Bengtsson

17 januari 2018

Direktivet om otillbörliga affärsmetoder



C-146/16 (Verband Sozialer Wettbewerb) – begränsningar i kommunikationsmediet

- 30 Därav konstaterar EU-domstolen följande: Sådan information om näringsidkarens geografiska adress och identitet som avses i artikel 7.4 b i direktiv 2005/29 ska i princip anges i köperbudandet; detta är emellertid inte nödvändigtvis fallet då det kommunikationsmedium som används för affärsmetoden medför begränsningar av utrymme, såvitt de konsumenter, som kan komma att köpa de varor som är föremål för reklam på den webbplats som nämns i reklamannonsen och som tillhör det företag som marknadsför varorna, enkelt kan få tillgång till denna information på eller via denna webbplats. Det ankommer på den nationella domstolen att från fall till fall bedöma huruvida detta villkor är uppfyllt genom att beakta omständigheterna kring köperbudandet och det använda kommunikationsmediet.

C-357/16 (Gelvora) – innefattar begreppet "affärsmetod" indrivning?

- 25 Även om ett inkassobolag, såsom Gelvora, i och för sig inte tillhandahåller konsumenten en konsumentkredittjänst som sådan, är bolagets verksamhet, det vill säga att driva in skulder efter att ha förvärvat fordringar, en "affärsmetod" – eventuellt otillbörlig – i den mening som avses i direktivet om otillbörliga affärsmetoder, eftersom dess handlingar kan påverka konsumentens beslut vad gäller betalningen av produkten.

C-667/15 (Loterie Nationale)

- 34 Mot bakgrund av ovanstående ska den fråga som ställts besvaras på följande sätt. Punkt 14 i bilaga 1 till direktiv 2005/29 ska tolkas så, att det är möjligt att med stöd av denna bestämmelse beteckna en affärsmetod som ett "pyramidspel" även i det fall då det endast finns ett indirekt samband mellan de insatser som betalas av nya medlemmar i ett sådant spel och de ersättningar som betalas ut till befintliga medlemmar.

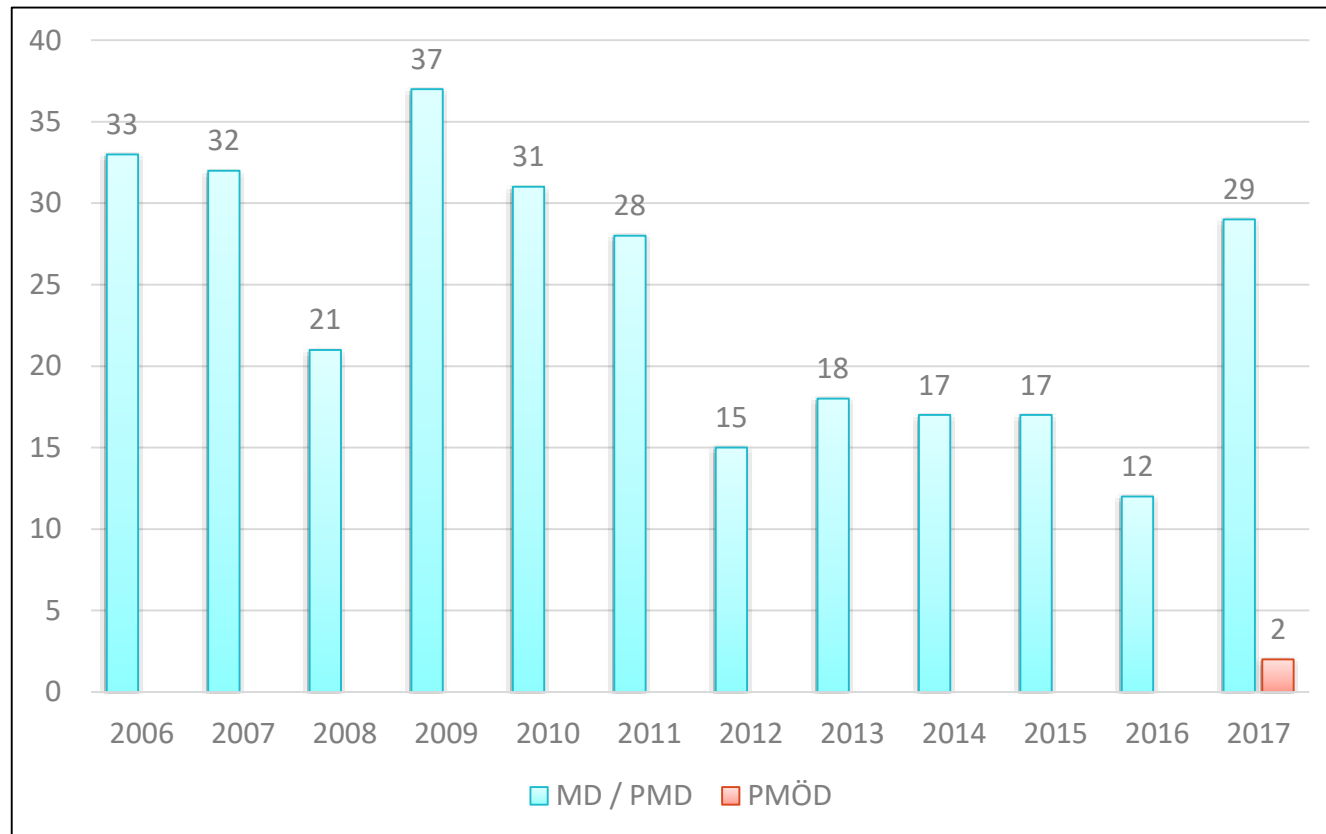
C-562/15 (Carrefour)

- 36 Det framgår av det ovan anförda att reklam, såsom den som är i fråga i det nationella målet – som jämför priset på varor som säljs i butiker av olika storlek och format, när dessa butiker tillhör butikskedjor som har butiker av olika storlek och format och annonsören jämför priserna i butiker av större storlek och format avseende sin egen butikskedja med priserna i butiker av mindre storlek och format avseende konkurrerande butikskedjor – kan strida mot kravet på att jämförelsen ska vara objektiv som följer av artikel 4 c i direktiv 2006/114 och vara vilseledande i den mening som avses i artikel 4 a i direktivet, om inte konsumenterna informeras om att jämförelsen gjorts mellan priser i butiker av större storlek och format tillhörande annonsörens butikskedja och priser i butiker av mindre storlek och format tillhörande konkurrerande butikskedjor.

Marknadsföringsrättslig praxis



Avgjorda marknadsföringsrättsliga mål i MD / PMD / PMÖD 2006-2017



Materiella frågor



Marknadsföring av alkoholdryck i annonser riktade mot konsument

PMD:s dom i mål nr PMT 10746-16



"Fynd!" – ej måttfullt

"Rekommenderas!" – måttfullt

"Ett utmärkt alternativ till den stora festen!" – ej måttfullt*

* Två skiljaktiga rådmän.

Varningsbrev

PMD:s dom i mål nr PMT 3630-15 och 7361-15

Varningsbrevet

Det noteras att Er stövel är närmast identisk med den låga Powerstöveln vad produktens yttre form, t.ex. mått, färgskala, placering och utformning av sömmar m.m. Det enda som synes skilja produkterna åt visuellt är att Er produkt har en annan färg på den övre kanten. Jag bifogar kopia på såväl Ert som Powerboots produktblad.

Genom tillverkning, marknadsföring och försäljning av "the short shank boot" gör Ni, enligt vår uppfattning, intrång i ensamrätten till den mönsterskyddade låga Powerstöveln. Det noteras att mönsterskyddet enligt 5 § mönsterskyddslagen (1970:485) omfattar såväl tillverkning, marknadsföring, in- och utförsel, lagerhållning och försäljning. En överträdelse av ensamrätten innebär en såväl brottslig som skadeståndsgrundande handling jämlikt 35 – 40 §§ i mönsterskyddslagen.

Med hänvisning till ovanstående anmodas Ni att omedelbart upphöra med Er tillverkning, marknadsföring och försäljning av "the short shank boot". Powerboots kommer att bevaka att rättelse sker. Jag emotser likväl en bekräftelse på att Er hantering omedelbart kommer att upphöra. För det fall att rättelse inte vidtas omedelbart kan Powerboots nödgas vidta de rättsliga åtgärder som bedöms erforderliga. För tydlighets skull uppmärksammas att Powerboots inte har någon erinran mot Er försäljning av de höga stövlar som ingår i Ert sortiment.

Domskälen

Vad först gäller breven till B2W:s och HSS kunder under 2010 och 2011 så förekommer inte i breven några direkta, ovillkorliga och skarpa hot om rättsliga åtgärder. Visserligen förmedlar formuleringen i brevet av den 29 mars 2010 att "aktörer i grossistledet kan vara part vid en rättslig prövning av eventuella intrång i mönsterskyddet/.../frågan.", men inte på ett kategoriskt, onyanserat eller långtgående sätt. Innehållet i breven till B2W:s och HSS kunder är enligt Patent- och marknadsdomstolen sammanfattningsvis inte sådant att det strider mot 5 och 6 §§ MFL.

När det gäller breven till B2W och HSS under 2010 och 2011 så innehåller de i huvudsak påståenden om att det – enligt Powerboots uppfattning – föreligger ett mönsterintrång och att Powerboots i brist på rättelse kan tvingas vidta de rättsliga åtgärder företaget bedömer som nödvändiga. I förhållande till varningsbrev som tidigare bedömts av Marknadsdomstolen (se bl.a. MD 2002:25) kan formuleringarna i breven till B2W och HSS enligt Patent- och marknadsdomstolen inte anses vara kategoriska, onyanserade eller långtgående och därmed i strid med 5 samt 6 §§ MFL.

Bevisning genom stickprovskontroller i marknadsföringsrättsliga mål

PMÖD:s dom i mål nr PMT 9149-16

KO har gjort gällande att en så kallad stickprovsmetod, där ett mindre antal anmälningar sägs vara representativa för en större mängd, är en vedertagen metod inom marknadsföringsrätten. Patent- och marknadsdomstolen har godtagit detta synsätt och gjort en jämförelse med immaterialrättsliga mål, särskilt mål om varumärkesintrång. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen skiljer sig dock situationen i ett mål om varumärkesintrång, där ett fåtal varor kan godtas som bevis för att ett helt parti av en vara utgör plagiat, från situationen i ett mål om marknadsföring genom telefonförsäljning.

Vad som utspelat sig i ett fåtal beskrivna telefonsamtal kan nämligen inte leda till några säkra slutsatser om innehållet i andra telefonsamtal som förts mellan andra personer. Detta gäller särskilt i avsaknad av samtalsmanus och andra styrande dokument som kan visa på felaktiga rutiner. Patent- och marknadsöverdomstolen anser därför att de åtta anmälningarna inte kan läggas till grund för bedömningen av innehållet i andra telefonsamtal än dem som anmälningarna avser.

Vite och förbudsutformning inom marknadsföringsrätten



Förändrad syn på hur vitesbelopp ska fastställas i marknadsföringsrättsliga mål

PMÖD:s dom i mål nr PMT 10485-16

Av detta följer att det allmänna konsumentskyddande intresset på marknadsföringsrättens område är en omständighet som ska beaktas på så sätt att det talar för ett högre vitesbelopp än vad som följer enbart av ett bolags ekonomiska förhållanden. Tillämpat i det aktuella målet ger det alltså stöd för ett högre vitesbelopp än vad bolagets förhållandevis begränsade omsättning talar för.

Förändrad syn på hur vitesbelopp ska fastställas i marknadsföringsrättsliga mål

PMÖD:s dom i mål nr PMT 10485-16

Ytterligare faktorer som bör beaktas som övriga omständigheter är, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, hur marknadsföringen har skickats eller riktats till mottagaren, dess utformning och innehåll, samt om det är fråga om omfattande och upprepade otillbörliga marknadsföringsåtgärder. Är marknadsföringen mer klandervärd utifrån dessa omständigheter leder det till att vitesbeloppet bör sättas högre. Allt för att säkra syftet enligt viteslagen att föreläggandet följs.

Vitet bestämdes till 500 000 kronor (yrkat vite 1 MSEK). Svarandebolaget hade en årsomsättning om 1,5 MSEK.

Jfr PMÖD:s beslut den 4 juli 2017 i mål nr [PMÖ 5631-17](#) (vite 500 000 kr), PMD:s dom i mål nr PMT 349-17 (vite 500 000 kr)

Förändrad syn på hur vitesbelopp ska fastställas i marknadsföringsrättsliga mål

PMD:s beslut den 2 januari 2018 i mål nr PMT 15977-17

KO har upplyst att IOGT-NTO omsätter drygt 500 miljoner kr netto årligen på lotterier. Vitet bör därför enligt domstolen bestämmas till ett mycket högt belopp så att det inte blir ekonomiskt fördelaktigt för IOGT-NTO att underlåta att iaktta beslutet (se prop. 1984/85:96 s. 27). Vitesbeloppet bestäms till 3 miljoner kr för vart och ett av förbuden respektive åläggandena.

Förändrad syn på hur vitesbelopp ska fastställas i marknadsföringsrättsliga mål

PMD:s dom i mål nr PMT 6716-17

Vite

Enligt 26 § MFL ska förbud och ålägganden förenas med vite om det inte av särskilda skäl är obehövligt. Sådana särskilda skäl föreligger inte i målet. Vitesbeloppets storlek ska bestämmas till 1 000 000 kr.

PMD utdömde högsta möjliga marknadsstörningsavgift – 10% av årsomsättningen

Delvis förändrad syn på hur vitesförbud ska formuleras?

PMD:s dom i mål nr PMT 12325-16:

Ett vitesförbud och ett åläggande vid vite ska vara klart avgränsat så att företaget som förbudet riktar sig mot vet vad det inte får göra. Inom ramen för kärandens yrkande är det domstolens uppgift att utforma förbudet så att det uppfyller kravet på entydighet och konkretisering. Ett förbud ska inte heller gå längre än vad som är motiverat i det enskilda fallet (se prop. 1993/94:122, s. 67). Vidare ska förbudet eller åläggandet ta sikte på den överträdelse som har begåtts och alltså enbart träffa Fastcoms faktiska överträdelser av MFL (se Svea hovrätts dom den 5 november 2015 i mål T 11341-14 med hänvisning till NJA 2007 s. 431). Åläggandena och förbuden ska därför begränsas på så sätt som framgår av domslutet. Enligt domstolen föreligger det inte tillräckliga skäl för att förena förbuden och åläggandena med löpande vite.

Jfr motsvarande resonemang i Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 11341-14 respektive mål nr T 9077-16 samt PMD:s beslut den 5 april 2017 i mål nr PMT 3031-17 :

Föreligger sabotagerisk när svaranden upphört med den påtalade marknadsföringen efter att ansökan om interimistiskt förbud givits in?

PMD:s beslut den 18 januari 2018 i mål nr PMT 16111-16

Kronfönster har anfört att bolaget mot bakgrund av förevarande mål har för avsikt att ta bort samtliga påtalade formuleringar från sitt marknadsföringsmaterial. Inwido har vitsordat att så nu också har skett. Detta visar, som domstolen uppfattar saken, att Kronfönster inte har för avsikt att fortsätta med den påtalade marknadsföringen innan målet slutligt avgjorts. Att Kronfönster inte tog bort påståendena efter det att Inwido skickat varningsbrev utgör mot denna bakgrund inte skäl nog för att nu betvivla riktigheten i Kronfönsters påstådda avsikt. Det har inte heller framkommit något annat som tyder på att Kronfönster på annat sätt avser att agera för att minska betydelsen av ett framtida förbud.

Se motsatt bedömning i Stockholms tingsrätts beslut 2002-10-25 i mål nr T 11498-02 respektive beslut 2005-09-21 i mål nr T 16151-05 (förhållandena vid tidpunkten för ansökan ska vara avgörande)

Övergripande reflektioner:

- Konsumentombudsmannen är påfallande aktiv (19 av 31 avgjorda marknadsföringsrättsliga mål i PMD och PMÖD har drivits av KO, en absolut majoritet rör aggressiv telefonförsäljning)
- KO har yrkat marknadsstörningsavgift i 10 av 19 mål (bifall i nio domar)
- Påfallande få marknadsföringsrättsliga mål har prövats av PMÖD.
- 5 av 13 interimistiska prövningar i PMD enligt marknadsföringslagen

Några önskemål rörande domsutformning respektive publicering av domar

Domsutformning

- Innehållsförteckning i domarna (på samma vis som PMD)
- Numrering av domsskälen på samma vis som HD (och tidigare MD)

Publicering av domar och beslut

- Löpnummernumrering vid publiceringen (ex vis PMÖD 2017:1)
- Namngivning av domar på samma vis som HD
- Publicering av PMD:s beslut som beslutsbilaga

Företagshemligheter



NJA 2017 s 457

Precisering i beslut om förvarstagande enligt 15 kap 3 § rättegångsbalken

13. Av det sagda följer att en säkerhetsåtgärd enligt 15 kap. 3 § rättegångsbalken inte kan utverkas för att säkerställa en processuell rättighet. Åtgärden får således inte enbart ha till syfte att säkra bevisning (jfr Peter Westberg, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål*, Bok 1, 2004, s. 93 och 153 ff.). Åtgärden får inte heller syfta till att ge sökanden möjlighet att gå igenom material som omhändertagits för att därigenom kunna klarlägga om det finns grund för ett visst yrkande eller för att få en uppfattning om omfattningen av en skada eller ett intrång. Säkerhetsåtgärden kan därmed inte fylla den funktion som en intrångsundersökning gör på det immaterialrättsliga området, jfr exempelvis 56 a–h §§ lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Om en sökande har behov av att få del av bevisning som innehas av någon annan får detta i första hand tillgodoses genom bestämmelserna om edition.

NJA 2017 s 457

15 kap 3 § rättegångsbalken kan inte användas för bevissäkring

17. När det gäller den del av beslutet som innebär att Weinig och Raimann ges rätt att hos Kronofogdemyndigheten ta del av det omhändertagna materialet saknas en koppling till någon rättsföljd som bolagen yrkar. Bolagens syfte med denna del av beslutet tycks framför allt vara att få en närmare uppfattning om vilka företagshemligheter som har angripits för att därigenom kunna precisera talan om återlämnande av företagshemligheter och om skadestånd. Beslutet i denna del syftar således inte till att säkerställa någon materiell rätt som bolagen anser sig ha utan närmast till att förbättra bolagens processuella ställning i målet. En sådan åtgärd, som har likheter med en inträngsundersökning, kan inte grundas på 15 kap. 3 § rättegångsbalken.

AD 12/17**Ekonomiskt skadestånd**

Enligt Arbetsdomstolens mening går det av utredningen inte att dra någon säker slutsats om hur mycket eVeros sparar in på grund av de obehöriga angreppen och intrången. Sammanfattningsvis får skadeståndet därför med stöd av regeln i 35 kap. 5 § rättegångsbalken uppskattas till ett skäligt belopp.

Med beaktande av att eVero med stöd av QQFS databaser så snart kunde komma igång med sin verksamhet och dra nytta av databaserna under omkring två år och mot bakgrund av den omsättning eVero haft de två första verksamhetsåren, uppskattar Arbetsdomstolen QQFS ekonomiska skada på grund av klagandenas obehöriga angrepp på QQFS företagshemligheter och obehöriga intrång i dess katalogskydd till 3 000 000 kr. Härigenom får QQFS även anses tillgodosett enligt upphovsrättslagen med ersättning för utnyttjandet av databaserna och datafilen. Punkten 5 i tingsrättens dom ska ändras i enlighet härmed.

AD 12/17**Ideellt skadestånd**

När det gäller storleken på det ideella – allmänna – skadeståndet, ansluter sig Arbetsdomstolen till tingsrättens bedömning och fastställer detta till 1 000 000 kr. Det är inte möjligt att, som QQFS har gjort gällande, nu döma ut högre allmänt skadestånd än vad tingsrätten har dömt ut (jfr AD 2003 nr 115).

Tingsrättens / Hovrättens / Arbetsdomstolens bedömning

	Göteborgs tingsrätt	Hovrätten för Västra Sverige	Arbetsdomstolen
Ekonomiskt skadestånd	9,5 MSEK	8,5 MSEK	3 MSEK*
Ideellt skadestånd	1 MSEK	2 MSEK	1 MSEK*

* En skiljaktig domare ville döma ut 9,5 MSEK

** Arbetsgivaren hade inte anslutningsklagat

Göteborgs tingsrätt och Hovrätten för Västra Sverige (som 2014-11-13 i mål nr T 3375-13) dömde i målet. Högsta domstolen konstaterade domvilla i beslut den 4 december 2015 i mål nr T 5993-14 (målet skulle handlagts som arbetstvist) och målet hänsköts till AD. Samma omständigheter provides av alla domstolarna.

Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 15688-15 (utgör avtal en företagshemlighet?)

Tingsrätten delar DQC:s uppfattning om att i vart fall uppgifterna i avtalen avseende pris och reaktionstid för support typiskt sätt är av sådan karaktär att dess röjande är ägnat att medföra skada för DQC i konkurrenshänseende. Tingsrätten anser alltså att de tre avtalen innehåller information om affärs- eller driftförhållanden i DQC:s rörelse vars röjande är ägnat att medföra skada för DQC i konkurrenshänseende.

**Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 15688-15
(utgör en skiss av ett intranät en företagshemlighet?)**

Utan någon närmare konkretisering framstår de aktuella intranätsskisserna för tingsrätten som tämligen övergripande och beskrivande för intranät i allmänhet. Mot denna bakgrund och med hänsyn till att det inte kan komma ifråga att godta enbart ett påstående om informationens karaktär finner tingsrätten att DQC inte har uppfyllt sin bevisbörda att ett röjande av informationen i presentationen Den digitala arbetsplatsen skulle vara ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende för DQC.

Kumulationsfrågor



Kumulerade mål

- PMD:s beslut den 5 april 2017 i mål nr PMT 3031-17 (intrång i kännetecknet Swedish Match - interimistiskt förbud enligt både varumärkeslagen och marknadsföringslagen)
- PMD:s beslut den 26 maj 2017 PMT 6997-16 (kumulation upphovsrätts- och företagshemlighetsmål)
- PMD:s beslut den 15 september 2017 i mål nr PMT 6877-17 (kumulation mellan ett patentmål, ett upphovsrättsmål och ett företagshemlighetsmål ansågs inte lämplig p g a av eventuell kommande ogiltighetstalan och eventuell kommande kumulation med ett patentinvändningsärende)
- PMD:s beslut den 13 oktober i mål nr PMT 8776-17 och PMT 8779-17 (kumulation av två marknadsrättsliga mål mot olika svarandeparter som i stor utsträckning rörde liknande omständigheter)

Kumulerade mål / kumulationsbeslut

AD:s beslut den 14 juni 2017 i mål nr B 62/17

- Sökanden hade väckt talan och ansökt om intrångsundersökning mot f d anställda och ett nystartat bolag i PMD. Målet flyttades till Stockholms tingsrätt som meddelade beslut om intrångsundersökning mot både de f d anställda och det nystartade bolaget.
- Svarandena överklagade och menade att PMD inte var behörigt forum i målet mot de anställda eftersom det var en arbetstvist (jfr HD:s beslut 2015-12-04 i mål nr T 5993-14).

AD:s slutsatser:

- Det är inte möjligt att kumulera en arbetstvist (tvisten mot de f d anställda) med en tvist enligt upphovsrättslagen (tvisten mot det nystartade bolaget).
- En upphovsrättstvist mot f d anställda ska handläggas som en arbetstvist och PMD / PMÖD är inte behöriga domstolar.
- Stockholms tingsrätts beslut om intrångsundersökning mot de anställda var behörigt eftersom foruminvändningen gjordes först efter beslutet meddelades. Målet hänvisades till Göteborgs tingsrätt.
- Stockholms tingsrätts beslut om intrångsundersökning hos det nystartade bolaget ansågs obehörigt och hävdes. Målet hänvisades till PMD.

Kumulerade mål / kumulationsbeslut

Stockholms tingsrätts remissvar den 15 september 2015 avseende SOU 2017:45 (dnr TSM 2017/0552)

Mål som grundas på lagen om företagshemlighet och som rör fysiska personer är inte sällan arbetstvister. I dessa mål är Patent- och marknadsdomstolen inte behörigt forum oavsett om käromålet även grundas på en immateriell rättighet. Däremot är Patent- och marknadsdomstolen exklusivt forum i motsvarande tvist om svaranden är en juridisk person. Om det på svarandesidan finns såväl fysiska som juridiska personer kan i grunden samma tvist behöva handläggas vid flera olika domstolar. Ett exempel på detta åskådliggörs genom Arbetsdomstolens beslut i mål B 62/17, meddelat den 4 juli 2017. Inte minst för parterna måste denna ordning framstå som otillfredsställande. Det kan sakligt sätt diskuteras om det inte i frågor rörande företagshemligheter kan finnas skäl att säkra utredning om överträdelser genom exempelvis intrångsundersökningar. Domstolen anser att man i vart fall bör kunna överväga en sådan möjlighet. De svårigheter för parterna som domstolen här pekat på skulle då också kunna hanteras bättre.



Delphi