



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Amanda Dyberg

Ett förstärkt skydd för företagshemligheter?

- En studie av EU-direktivet om företagshemligheter och dess konsekvenser för svensk rätt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Reinhold Fahlbeck

Termin för examen: VT 2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Perspektiv och avgränsningar	7
1.4 Metod	9
1.5 Forskningsläge och material	11
1.6 Disposition	12
2 LAGEN (1990: 409) OM SKYDD FÖR FÖRETAGSHEMLIGHETER	13
3 DIREKTIVET	14
4 EN JÄMFÖRELSE AV SKYDDET ENLIGT FHL OCH DIREKTIVET	16
4.1 Tillämpningsområde: Skyddsvärd information	16
4.1.1 FHL	16
4.1.1.1 Informationens beskaffenhet	16
4.1.1.2 Kravet på hemlighållande	18
4.1.2 EU-direktivet	20
4.2 Formerna för ett ”angrepp” på företagshemlighet	24
4.2.1 FHL	24
4.2.1.1 Utnyttjande	24
4.2.1.2 Röjande	27
4.2.2 EU-direktivet	27
4.3 Tillåtna angrepp: Behöriga respektive lagliga angrepp	29
4.3.1 FHL	29
4.3.1.1 Visselblåsning: Brott och andra allvarliga missförhållanden	30
4.3.1.2 Godtrosförvärv	31
4.3.2 EU-direktivet	31
4.3.2.1 Lagliga angrepp	31

4.3.2.2	Visselblåsning och andra undantag från skadeståndsansvar	33
4.3.2.3	Godtrosförvärv	35
4.4	Civilrättsligt ansvar	36
4.4.1	FHL	36
4.4.1.1	Ansvar inom affärsförhållanden	36
4.4.1.2	Ansvar för arbetstagare	38
4.4.1.2.1	Missbruk under anställningen – 7 § första stycket	38
4.4.1.2.2	Missbruk efter anställningen – 7 § andra stycket	39
4.4.1.3	Konkurrensklausuler	41
4.4.1.4	Ansvar för övriga	42
4.4.2	EU-direktivet	44
4.5	Skadestånd	47
4.5.1	FHL	47
4.5.2	EU-direktivet	50
4.6	Förbud och andra åtgärder, slutligt och interimistiskt	52
4.6.1	FHL	52
4.6.2	EU-direktivet	56
4.7	Sekretess under och efter domstolsförfaranden	61
4.7.1	FHL	61
4.7.2	EU-direktivet	63
4.8	Bevisning och bevissäkringsåtgärder	63
4.8.1	FHL	63
4.8.2	EU-direktivet	66
5	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	67
	BILAGA 1	69
	BILAGA 2	70
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	73
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	77

Summary

Trade secrets have become an increasingly common way for companies to ensure that their investments in know-how and research provide maximum returns. An effective protection of trade secrets is thus crucial for companies' ability to compete, and not least for maintaining fair competition. In recent years there has been a demand for a European, uniform regulatory framework. In the light of this increased demand, the European Union adopted a Directive on the protection of trade secrets, which is to be implemented by 9 June 2018. The purpose of this essay is to examine what, if any, changes the Directive will entail for the Swedish regulation of trade secrets.

The conclusion of the examination is that the Directive will entail a significant improvement of the protection of trade secrets. The Directive implements EU legal protection with the possibility of national review, regardless of where within the European Union the unlawful acquisition, use or disclosure has occurred. It also introduces provisions on so-called "infringing goods". Furthermore, the Directive seems to remedy several of the shortcomings that were revealed during the examination of the Swedish protection. Firstly, the Directive extends the definition unlawful acquisition to include unauthorized copying of legally held information. Secondly, the liability according to the Directive applies to anyone who is in contact with trade secrets, and thus does not, which is the case under the Swedish legislation, depend on whether the person in question can be considered to fall within the one category of liability or the other. Thirdly, the Directive allows for preventative measures. The Swedish regulation does not allow such measures, which has been considered as a major shortcoming. The Directive also has the potential to increase the amount of damages. Unfortunately, the Directive does not contain any provisions regarding the possibility to secure evidence of an unlawful attack on trade secrets. Thus, there seems to be a significant risk that the Directive will become ineffective.

Sammanfattning

Företagshemligheter har i dagens ekonomi blivit ett allt vanligare sätt för företag att tillförsäkra att sina investeringar i know-how och forskning ger maximal avkastning. Ett fullgott och effektivt skydd för företagshemligheter är sålunda av avgörande betydelse för företagens möjligheter att konkurrera på marknaden, och inte minst för att upprätthålla en affärsetisk och sund konkurrens. Under senare år har det vuxit fram en efterfrågan på ett europeiskt, enhetligt regelverk till skydd för företagshemligheter. Mot bakgrund av detta antogs ett EU-direktiv, vilket ska genomföras senast 9 juni 2018. Uppsatsens syfte är att utreda vilka, om några, förändringar direktivet kommer att innebära för svensk rätt.

Slutsatsen av utredningen är att direktivet kan förväntas medföra stora förändringar av den svenska lagstiftningen. I allmänhet innebär direktivet en betydande förstärkning av skyddet för företagshemligheter. Direktivet skapar ett EU-rättsligt skydd med möjlighet till nationell prövning oaktat var inom unionen angreppet har skett. Det inför dessutom bestämmelser om s.k. ”intrångsgörande varor”. Detta kan anses vara den största förändringen till fördel för näringsidkare. Direktivet synes därutöver avhjälpa flera av de brister som uppenbarats vid en genomgång av det nuvarande svenska skyddet. För det första utvidgar direktivet angreppsdefinitionen till att omfatta även obehörig kopiering av information som lovligen innehas. Ansvar enligt direktivet gäller för det andra för envar som kommer i kontakt med företagshemligheter, och är sålunda inte, som i svensk rätt, beroende av om personen ifråga kan anses falla in inom den ena ansvarskategorin eller den andra. För det tredje medger direktivet preventiva åtgärder, vars avsaknad har ansetts vara en stor brist i den svenska regleringen. Direktivet har också potential att förbättra skyddet i skadeståndshänseende. Dessvärre innehåller direktivet ingen bestämmelse om bevissäkringsåtgärd. En av de största bristerna i skyddet kvarstår därmed. Det kan därför konstateras att direktivet, trots dess förstärkning av skyddet i övrigt, riskerar att bli tandlöst.

Förord

Denna uppsats markerar slutet av 4,5 års juridikstudier. Jag vill rikta ett stort tack till min mamma och pappa som stått ut med mig under åren. Tack för att ni orkar med mina upprörda samtal, för att ni hjälper mig att flytta gång på gång, för att ni hämtar mig och min tvätt och för att ni tror på mig trots att jag inte alltid gör det själv. Ett stort tack riktas även till min pojkvän Anton som konstant bidragit med skratt och uppmuntrande ord och som stått för all form av matlagning och städning under uppsatsskrivandet. Det största tacket vill jag rikta till mina två bästa vänner Andrea och Agnes. Tack, tack och återigen tack för att ni har förgyllt min studenttid!

Jag vill också tacka min handledare Reinhold Fahlbeck för värdefulla synpunkter under uppsatsens gång.

Ett ytterligare tack riktas till MAQS och Göteborgskontoret för möjligheten att skriva min uppsats hos er och för att ni gjorde mig till en i gänget från första dag.

Amanda Dyberg
Göteborg den 21 maj 2017

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
BrB	Brottsbalken
Dir.	Direktiv
EU	Europeiska Unionen
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
FHL-P	prop. 1987/88:155 om skydd för företagshemligheter m.m.
FoU	Forskning och utveckling
HD	Högsta domstolen
Lagrådet	Lagrådets yttrande 1988 till lagutskottet över PM av utskottets kansli angående det i proposition 1987/88:155 framlagda förslaget till lag om skydd för företagshemligheter, intagit i LU30 och LU37. Sidhänvisningar avser LU30.
LU30	Lagutskottets betänkande 1988/89:LU30 med anledning av proposition 1987/77:155 med förslag till lag om företagshemligheter m.m.
LU37	Lagutskottets betänkande 1989/90:LU37 med anledning av proposition 1987/77:155 med förslag till lag om företagshemligheter m.m.
NJA	Nytt Juridisk Arkiv
OSL	Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)
PM	PM 1988 av lagutskottets kansli angående det i proposition 1987/88:155 framlagda förslaget om skydd för företagshemligheter, intaget i LU30 och LU37. Sidhänvisningar avser LU30.
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I dagens ekonomi är information och know-how av avgörande betydelse, för företag inom såväl industriell- som tjänstesektor, för att få och bibehålla konkurrensmässiga fördelar. För att kunna tillgodogöra sig resultaten av sin verksamhet och till fullo utnyttja investeringar i forskning och innovation, är det ofta viktigt för företagen att allmänhetens tillgång till utvecklad information begränsas. I sådana situationer finns det två vägar att gå. Ett alternativ är att begagna sig av immaterialrättsliga rättigheter såsom patent, mönsterskydd eller upphovsrätt. Ett annat alternativ – vilket kan vara att föredra exempelvis när informationen förväntas vara långvarigt värdefull, när de ekonomiska förutsättningarna för immaterialrättsligt skydd saknas, eller när informationen inte lämpar sig för eller inte uppfyller kriterierna för immaterialrättsligt skydd – är att hålla informationen ifråga hemlig för allmänheten och därigenom uppnå skydd enligt regleringen av företagshemligheter. Detta är också något som små och medelstora företag värdesätter och förlitar sig på i allt större utsträckning.¹

Den utveckling som har skett inom konkurrens, teknik och näringsliv har gjort att företagshemligheter idag kan anses särskilt känsliga. Det har gjorts gällande att såväl privat som statsstyrt industrispionage förekommer i allt större utsträckning, och att modern och lättillgänglig teknik möjliggör ett mer avancerat sådant. Till detta kommer att näringslivets utveckling i form av ökad outsourcing och offshoring, längre leveranskedjor, ökad användning av inhyrd arbetskraft och av informations- och kommunikationsteknik medför en förhöjd risk för att företag utsätts för ohederliga metoder vilka syftar till angrepp på deras företagshemligheter. En allt ökande globalisering,

¹ Se skäl 1 och 2 Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs. Ibland kan skydd som företagshemlighet och upphovsrättsligt skydd uppstå samtidigt. Det förekommer även att viss information åtnjuter partiellt skydd, d.v.s. att en del av informationen patenteras medan resterande del hålls hemlig, se Fahlbeck (2013) s. 122, s. 125.

gränsöverskridande samarbete och handel och en ökad förekomst av multinationella företag har dessutom medfört att företagshemligheter och know-how kommit att spela en allt mer betydelsefull roll för företagens konkurrenskraft på den *internationella* marknaden, och har således givit upphov till en efterfrågan på en enhetlig internationell skyddsnivå för företagshemligheter.²

På uppdrag av Europeiska kommissionen lade advokatfirman Baker & McKenzie år 2013 fram en omfattande studie av den rättsliga och ekonomiska strukturen av skyddet för företagshemligheter inom EU. Denna studie konstaterade att företagshemligheter är vitala för företag inom så gott som alla branscher och dessutom har stor betydelse för främjandet av innovationer och för ekonomisk tillväxt. Studien visade emellertid att det inte finns något enhetligt rättsligt skydd för företagshemligheter inom EU. Av EU:s alla 28 medlemsländer är det dessutom enbart Sverige som har antagit särskild lagstiftning i frågan. I andra medlemsstater återfinns skydd i olika delar av civil- och strafflagstiftningen. Det osäkra rättsläget och den varierade skyddsnivån innebär enligt studien att företagens hantering av företagshemligheter på EU-nivå är kostsam och svåröverskådlig. Baker & McKenzie hävdade mot bakgrund av detta att en harmonisering av lagstiftningen på företagshemligheternas område, genom att eliminera befintliga hinder för en fungerande inre marknad för know-how, skulle ha en avsevärd betydelse för såväl näringslivet som för innovation, tillväxt och främjande av innovationsrelaterad gränsöverskridande verksamhet på den inre marknaden.³

Under 2016 antogs sedermera ett EU-direktiv om skyddet för företagshemligheter,⁴ vilket ska genomföras av medlemsstaterna under en tvåårsperiod. En särskild utredare har tillsatts för att utreda vilka lagändringar

² Skäl 4 Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943; MARKT/2011/128/D s. 1.

³ MARKT/2011/128/D s. 2 ff, s. 15.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs.

som krävs för att anpassa svensk rätt till de nya EU-reglerna.⁵ Uppdraget ska redovisas senast den 31 maj 2017.⁶

1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsens syfte är att utreda om Europaparlamentets och rådets direktiv 2016/943 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs⁷ kommer att innebära några förändringar för svensk rätt vad gäller skyddet för företagshemligheter. Syftet är särskilt att undersöka om det kan anses finnas brister i nuvarande reglering och om direktivet i sådana fall kan avhjälpa dessa brister.

Uppsatsens centrala frågeställning kommer således att vara följande:

- Vilka förändringar, om några, kan företagshemlighetsdirektivet komma att innebära för svensk rätt?

För att besvara denna frågeställning måste även följande frågor besvaras:

- Vilket skydd för företagshemligheter tillhandahålls enligt nu gällande rätt?
- Innehåller den svenska regleringen av företagshemligheter några brister, och om så, vad innebär dessa brister?

1.3 Perspektiv och avgränsningar

Skyddet för företagshemligheter har anknytning till en mängd olika rättsområden: konkurrensrätt, arbetsrätt, straffrätt, immaterialrätt, marknadsföringsrätt, avtalsrätt, allmän skadeståndsrätt och yttrandefrihet. Svensk rätt har särskild lagstiftning vad gäller skyddet för företagshemligheter, lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter (FHL). Denna lag har såväl civilrättsliga som straffrättsliga inslag. Uppsatsen är dock avgränsad till att behandla det civilrättsliga skyddet för

⁵ Se dir. 2016:38.

⁶ Efter uppsatsens färdigställande har nämnda uppdrag redovisats i SOU 2017:45 Ny lag om företagshemligheter.

⁷ Hädanefter EU-direktivet, företagshemlighetsdirektivet eller direktivet.

företagshemligheter. EU saknar i princip straffrättslig lagstiftningsbehörighet och företagshemlighetsdirektivet innehåller inga straffrättsliga inslag. Uppsatsen är vidare avgränsad till den privata sektorn.

Förevarande uppsats utgår från ett förmögenhetsrättsligt perspektiv.⁸ Det är inte uppsatsens ambition att på ett uttömmande sätt redogöra för samspelet mellan FHL och angränsande civilrättsliga rättsområden. FHL kan emellertid inte betraktas isolerat från det sammanhang lagen befinner sig i. Detta stämmer förvisso för alla lagar men förhållandet gör sig kanske särskilt gällande i förhållande till FHL; i vissa fall *förutsätter* nämligen FHL omständigheter som regleras inom andra rättsområden. Så är exempelvis fallet med ansvar för arbetstagare (se avsnitt 4.4.1.2) och ansvar för utomstående part med vilken näringsidkaren har affärsförbindelse (se avsnitt 4.4.1.1). Det kan också förhålla sig så att FHL inte kan åberopas av skadelidande part – trots att förutsättningarna är uppfyllda – till följd av opinionsfriheten, eller att civilrättsliga eller straffrättsliga säkerhetsåtgärder vilka framgår av annan reglering än FHL krävs för att säkerställa möjligheten till beivrande enligt FHL.⁹ Även företagshemlighetsdirektivet framhåller företagshemligheternas anknytning till andra rättsområden, såsom konkurrensrätt, immaterialrätt, och skadeståndsrätt. Närliggande rättsområden kommer således att redogöras för i den utsträckning det kan anses vara nödvändigt för att i det aktuella perspektivet ge en korrekt bild av skyddet för företagshemligheter enligt FHL och enligt företagshemlighetsdirektivet.

Lag (2016:749) om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden (visselblåsarlagen) behandlas däremot inte eftersom visselblåsning enligt EU-direktivet behandlas. Det är inte heller uppsatsens uppgift att närmare redogöra för andra internationella ramverk,

⁸ Förmögenhetsrätt är inte ett avgränsat rättsområde som t.ex. immaterialrätt, arbetsrätt eller konkurrensrätt. Förmögenhetsrätt är en samlingsbeteckning som täcker flera rättsområden.

⁹ Se avsnitt 4.6.1 och 4.8.1 där civilrättsliga säkerhetsåtgärder behandlas.

såsom Pariskonventionen. TRIPS-avtalet kommer däremot att behandlas kortfattat i anslutning till avsnitt 3 och avsnitt 4.8.1.

Uppsatsen avser att utreda det *lagstadgade* skyddet för företagshemligheter. Det är inte uppsatsens intention att redogöra för eller föreskriva lämpliga insatser på företagsnivå, såsom rutiner för hantering av företagshemlig information.¹⁰ Däremot kommer sekretessavtal och konkurrensklausuler att behandlas i den utsträckning som behövs för att ge en helhetlig bild av rättsläget och kommande förändringar med anledning av företagshemlighetsdirektivet.

Det ska slutligen framhållas att uppsatsen endast kommer att behandla FHL i den mån detta har relevans för jämförelsen med direktivet.

1.4 Metod

För att besvara uppsatsens frågeställningar används den rättsdogmatiska metoden. Denna metod har rättskällevärdet som utgångspunkt vid fastställandet av gällande rätt. Metoden innebär således ett studium av de allmänt erkända rättskällorna såsom lag, förarbeten, prejudikat och doktrin.¹¹ Rättskällevärdet är dock inte oföränderligt. Claes Sandgren hävdar att läran under senare år har kommit att omfatta mer än de traditionella rättskällorna; exempelvis har ökad publicering av underrättspraxis kommit att innebära en ökad användning av sådan praxis.¹²

Som framgått är emellertid syftet med uppsatsen inte primärt att fastställa vad som *är* gällande rätt utan snarare vad som *kan komma att bli* gällande rätt; uppsatsen mynnar ut i vad som närmast är att betrakta som argumentation de lege ferenda. Resonemang de lege ferenda har av somliga forskare förkastats som icke vetenskapliga,¹³ men har på senare tid försvarats av forskare som Anders Agell och Jan Hellner. Agell uttalar att ”den rättsvetenskapliga

¹⁰ Sådan åtgärder diskuteras i Wainikka (2010), kapitel 8 och 9.7.2, Arbrandt och Skoog (2009) s. 23 ff samt Determann, Schmaus & Tam (2017).

¹¹ Kleineman (2013) s. 21.

¹² Sandgren (2015) s. 40 f.

¹³ Se Lambertz (2002) s. 265.

kompetensen bör kunna utnyttjas även för förslag de lege ferenda [...]. Ett förslag [...] är att en lämplig term för en rättsvetenskap som arbetar utan begränsning till vad som är gällande rätt skulle vara *konstruktiv rättsvetenskap* för att markera möjligheterna av friare bidrag till rättsutvecklingen. [...] Termen rättsdogmatik [...] förmedlar en alltför snäv uppfattning om vad rättsvetenskap bör syssla med.”¹⁴ Även Hellner påpekar att rättsdogmatikens begränsning till gällande rätt är otillräcklig. Rättsvetenskapens uppgift är enligt Hellner inte enbart att skildra, utan även att analysera och granska. Om en sådan analys resulterar i kritik mot gällande rätt ska det stå rättsvetenskapen fritt att framföra konstruktiva förslag för framtiden. Rättsvetenskapen ska vara framåtblickande snarare än tillbakablickande; dynamisk snarare än statisk.¹⁵

Mot denna bakgrund ägnar sig uppsatsen åt vad Göran Lambertz benämner *konstruktiv rättsdogmatik de lege ferenda* – ” en analyserande och konstruktivt orienterad forskning rörande ett specifikt regelsystem, men i första hand inriktad på att ge övervägda rekommendationer om hur regelsystemet borde ändras”.¹⁶ Uppgifterna för denna metod är att bidra med kunskaper och insikter om bl.a. de skilda effekterna av regelsystemet, hur effektivt regelsystemet kan uppnå ändamålet och de krav som det internationella rättssystemet ställer på den nationella lagen.¹⁷

Det bör emellertid märkas att förevarande uppsats inte för resonemang av uppmanande eller värderande karaktär, utan snarare av deduktiv sådan; uppsatsen är ägnad att utreda vilka förändringar i den svenska rätten som *kan förväntas* till följd av direktivet, inte vilka förändringar som är *önskvärda* mot bakgrund av eventuell problematik med nuvarande reglering.¹⁸ I detta avseende skiljer sig valda angreppssätt således från traditionella resonemang lege ferenda.

¹⁴ Agell (2002) s. 247.

¹⁵ Jan Hellner (2001) s. 27.

¹⁶ Lambertz (2002) s. 265.

¹⁷ Ibid. Se även Fahlbeck (2017) där diskussionen förs om forskning kan ske de lege ferenda och om detta innefattar att framlägga förslag av övergripande paradigmförändrande art.

¹⁸ Jmf Fahlbeck (2017) s. 531 f.

1.5 Forskningsläge och material

EU-direktivet och dess konsekvenser för svensk rätt är ett i stort sett utforskat område. Bengt Domeij har i viss mån diskuterat *förslaget* till EU-direktiv. Reinhold Fahlbeck har också i korthet behandlat förslaget vid ett seminarium den 2 mars 2016, ”Företagshemligheter – juridiken idag och imorgon”. Förslaget skiljer sig i vissa avseenden från det slutliga direktivet, men i de delar de överensstämmer har dessa författares synpunkter varit värdefulla för uppsatsen. Vid utredningen av rådande rättsläge avseende det svenska skyddet för företagshemligheter, har uppsatsen utgått från de traditionella rättskällorna, jämte underrättspraxis i förekommande fall. Beträffande doktrin, har främst ”Lagen om skydd för företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter” av Reinhold Fahlbeck använts, då detta får anses vara den enda heltäckande och genomgripande litteraturen på området. Även Bengt Domeijs ”Från anställd till konkurrent” har använts i stor utsträckning, särskilt i arbetsrättsligt hänseende. Christina Wainikka och Magnus Tonell diskuterar skyddet ur ett mer övergripande perspektiv i ”Företagshemligheter – en introduktion” respektive ”Sekretessavtal – och det rättsliga skyddet för företagshemligheter” och har varit ett bra komplement tillsammans med artiklar från huvudsakligen Juridisk Tidskrift, Svensk Juristtidning och Ny Juridik. Beträffande de processuella frågorna har främst Henrik Bengtsson varit aktiv i litteraturen, dels genom ett antal artiklar i Juridisk Tidskrift och Ny Juridik, dels genom ”Åtgärder vid immaterialrättsintrång”, författat i samarbete med Ralf Lyxell. Sistnämnda verk rör inte specifikt företagshemligheter men har varit behjälplig vid utredningen av om det möjligtvis kan anses finnas brister i skyddet för företagshemligheter i jämförelse med det förhållandevis starka skyddet i det närliggande rättsområdet immaterialrätt.

Utöver den doktrin som har använts vid författandet av uppsatsen, har företagshemligheter behandlats i äldre litteratur, bl.a. Christina Helgessons (numera Wainikka) doktorsavhandling ”Affärshemligheter i samtid och framtid”, ”Skydd för företagshemligheter” av Tommy Iseskog och

”Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv” av Claes Sandgren och Anderz Andersson.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med kapitel 2 och kapitel 3 vilka ger en kort introduktion till FHL respektive EU-direktivet. Uppsatsens tyngdpunkt ligger i kapitel 4, där regleringen i respektive regelsystem redogörs för och ställs emot varandra. I kapitlet utreds det skydd som tillhandahålls av den nuvarande svenska regleringen, om denna kan sägas innehålla några brister och om EU-direktivet i sådana fall kan anses avhjälpa dessa brister. Även vilka förändringar som direktivet medför i övrigt diskuteras. Det är sålunda i detta avsnitt som samtliga av uppsatsens frågeställningar kommer att besvaras. Uppsatsen avslutas med kapitel 5 där slutsatserna sammanfattas och några avslutande reflektioner görs.

2 Lagen (1990: 409) om skydd för företagshemligheter

Sverige, till skillnad från övriga medlemsländer i EU, har en särskild lagstiftning till skyddet för företagshemligheter, lag om (1990:409) om skydd för företagshemligheter (FHL). Regleringen är också speciell i det avseendet att lagen i princip inte innehåller några regler som ålägger tystnadsplikt. Istället bygger ansvarsgrunderna i 6–7 §§ på regler om tystnadsplikt i lag eller i avtal.¹⁹ Bestämmelserna tar därmed sikte på situationer där angriparen till följd av ett affärsförhållande eller anställningsavtal har *lovlig* tillgång till näringsidkarens företagshemligheter.²⁰ Det finns dock två undantag till detta, vilka sålunda innebär en *lagfäst* tystnadsplikt; 7 § andra stycket som anger tystnadsplikt för arbetstagare i vissa fall efter anställnings upphörande (dispositiv lagregel) och 8 § som anger tystnadsplikt för envar som tagit del av en företagshemlighet som angripits i strid med antingen FHL eller offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL (tvingande lagregel).²¹ Lagen består av 14 stycken paragrafer. Tillämpningsområdet för lagen avgörs i enlighet med 1 och 2 §§. Endast viss typ av information skyddas, och endast viss typ av angrepp – obehöriga angrepp – beivras enligt FHL. 3–4 §§ ålägger straffansvar vid anskaffande av information. Dessa kommer som framgått inte att redogöras för, eftersom uppsatsen mot bakgrund av direktivets civilrättsliga karaktär endast fokuserar på skadeståndsgrundande ansvar. Sådant ansvar kan uppkomma enligt 6–8 §§, beroende på vad det är för typ av person som gör sig skyldig till angrepp på en företagshemlighet. 9–10 §§ behandlar skadestånd. Vilka åtgärder som kan komma ifråga utöver skadestånd behandlas 11–14 §§. Regleringen i FHL kompletteras av exempelvis rättegångsbalken (1942:740), RB, offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, och av viteslagen (1985:206) samt har en nära relation till andra rättsområden såsom konkurrensrätt och arbetsrätt.

¹⁹ Vi sådant avtalsbrott föreligger således ansvar på såväl kontraktsrättslig grund som enligt FHL.

²⁰ Fahlbeck (2013) s. 425.

²¹ Fahlbeck (2013) s. 31.

3 Direktivet

Bakgrunden till företagshemlighetsdirektivet är den utredning som år 2013 lades fram av advokatfirman Baker & McKenzie. Direktivet framhåller att företagshemligheter är av stor – och allt ökande – betydelse för företags möjligheter att konkurrera på den internationella marknaden. Ett effektivt skydd för sådana hemligheter är en förutsättning för att främja investeringar i innovation och kunskapsutbyte mellan företag på den inre marknaden. Direktivet konstaterar att företagshemligheter är ett av näringslivets vanligaste sätt att skydda innovation och know-how, men samtidigt har det sämsta skyddet mot angrepp i befintliga regelverk i unionen.²²

Samtliga av unionens medlemsstater är bundna av Världshandelsorganisationens (WTO) avtal om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter, TRIPS-avtalet. Detta avtal tillhandahåller en miniminivå för skyddet för företagshemligheter, men kan inte sägas innebära ett enhetligt regelverk då avtalet antingen inte har antagits fullt ut eller har antagits med diverse förbehåll.²³ Direktivet är till stor del tillkommet eftersom medlemsländerna inte har omsatt detta avtal i inhemsk rätt. Det har också hävdats att Sverige inte uppfyller sina åtaganden enligt TRIPS-avtalet, exempelvis då regler om intrångsundersökning vid misstänkt angrepp på företagshemlighet inte har antagits.²⁴

Direktivet inför ett unionsrättsligt skydd mot angrepp på företagshemligheter med möjlighet till rättslig prövning vid svensk (nationell) domstol oaktat var i unionen angreppet har skett.²⁵ Direktivet är ett minimidirektiv. Detta innebär att det står medlemsstaterna fritt att föreskriva ett mer långtgående skydd mot angrepp på företagshemligheter. I vissa avseenden utgör dock direktivet ett maximidirektiv; medlemsstaterna får exempelvis inte föreskriva att ett enligt

²² Skäl 4 i EU-direktivet.

²³ MARKT/2011/128/D s. 3 f.

²⁴ Se bl.a. SOU 2008:63 s. 255 ff och Wainikka (2010) s. 121 f.

²⁵ Fahlbeck (2016). Se exempelvis artikel 4.5.

direktivet lagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemlighet ska vara otillåtet enligt nationell rätt.²⁶ Direktivet ska vara genomfört senast 9 juni 2018.²⁷ För att underlätta en enhetlig tillämpning av direktivet och främja samarbete och informationsutbyte ska medlemsstaterna utse en eller flera nationella kontaktpersoner, vilka ska informera övriga medlemsstater samt kommissionen om hur genomförandet av direktivet fortgår.²⁸

Direktivet följer en systematik som skiljer sig avsevärt från FHL. Detta kommer medföra ett stort omredigeringsarbete.²⁹ Till skillnad från definitionen i FHL, är ”företagshemlighet” enligt direktivet ett mer opreciserat och neutralt begrepp. Direktivets definition innefattar inga avvägningar mot motstående intressen. Yttrandefrihet, visselblåsning och arbetstagares rörlighet på arbetsmarknaden skyddas istället i andra delar av direktivet.³⁰ Direktivet gör i princip inte heller någon distinktion mellan obehöriga och behöriga angrepp, istället görs uppdelningen lagliga respektive olagliga angrepp.³¹ Direktivets uppräknning av lagliga angrepp motsvarar dock endast delvis vad som i 2 § avses med behöriga angrepp. Exempelvis utgör avslöjande av brott och missförhållanden, istället för ett tillåtet angrepp, ett undantag från skadeståndsansvaret.³² Inte heller görs någon uppdelning av den personkrets vilken kan åläggas ansvar för angrepp på företagshemlighet på det sätt som görs i FHL.

²⁶ Artikel 1.1; skäl 10.

²⁷ Artikel 19.

²⁸ Skäl 33, artikel 17.

²⁹ Samma åsikt, se Fahlbeck PM p. 1, s. 9 (bilaga 2).

³⁰ Domeij (2016) s. 91.

³¹ Se artikel 3 respektive 4. Obehörighet nämns dock i artikel 4.2 a).

³² Se artikel 5.

4 En jämförelse av skyddet enligt FHL och direktivet

4.1 Tillämpningsområde: Skyddsvärd information

4.1.1 FHL

I 1 § FHL stadgas vad som utgör företagshemlighet, nämligen ”sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende”. Dessa rekvisit behandlas i det följande.

4.1.1.1 Informationens beskaffenhet

Lagen skyddar information hos *näringsidkare*. Med detta avses varje fysisk och juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art (näringsverksamhet), oavsett om verksamheten är inriktad på vinst eller inte.³³ Ideell verksamhet – såsom idrottsföreningar och politiska partier – och annan verksamhet som inte är av ekonomisk art – exempelvis facklig verksamhet – omfattas inte av lagens skyddsområde även om verksamheten kan ha vissa ekonomiska verkningar.³⁴ Begreppet *information* tolkas extensivt och innefattar alla typer av uppgifter utan krav komplexitet, originalitet eller nyhetsvärde.³⁵ Av det sagda följer att även sammanställningar av information som är tillgänglig för allmänheten kan åtnjuta skydd enligt FHL.³⁶

Informationen i fråga måste avse näringsidkarens *affärs- och driftförhållanden*; det ska finnas en koppling till den *rörelse* som

³³ FHL-P s. 34.

³⁴ Fahlbeck (2013) s. 32, s. 306 f; Domeij (2016) s. 93 f. Därmed inte sagt att verksamheten inte kan ha ett ideellt syfte. Det avgörande är om verksamheten är ekonomisk *till sin natur*, se Wainikka (2010) s. 39 f; Domeij (2016) s. 94.

³⁵ FHL-P s. 12; Fahlbeck (2013) s. 336 f. Jmf FHL-P s. 34.

³⁶ Fahlbeck (2013) s. 297. Se bl.a. Hovrätten över Skåne och Blekinge Ö 3040-01. Det krävs dock att ekonomiska och tidsmässiga ansträngningar av viss betydelse har gjorts, se Domeij (2016) s. 129 ff.

näringsidkaren bedriver. Kravet att informationen skall gälla näringsidkarens affärs- eller driftförhållanden är dock inte högt ställt; lagen omfattar inte enbart direkt tekniska uppgifter eller kommersiella uppgifter om enskilda affärshändelser, utan även information av mera allmänt slag, såsom marknadsundersökningar och prissättningskalkyler.³⁷ En begränsning i det sagda är dock att information som är vanligt förekommande inom en viss bransch inte omfattas;³⁸ ”[i]nformationen får inte utgöra allmängods i den bransch den verkar i”.³⁹ Det är sålunda inte tillräckligt att informationen faktiskt finns i rörelsen, utan det måste röra sig om information som är särskild för just den aktuella verksamheten.⁴⁰ Informationen måste med andra ord vara *företagsspecifik*.⁴¹ En skiljelinje måste vidare dras mellan information som är företagsspecifik och sådan information som är bunden till näringsverksamhetens anställda i form av personlig skicklighet, erfarenhet och kunskap. En arbetstagare som enbart utnyttjar sin yrkesskicklighet kan inte åläggas ansvar enligt FHL.⁴²

Angreppet ska vara ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende. Detta innebär att informationen ska ha ett ekonomiskt eller kommersiellt värde för näringsidkaren; denne ska ha ett befogat intresse ur konkurrenssynpunkt av att informationen inte kommer till obehörigas kännedom.⁴³ Det sagda innebär att en del uppgifter som visserligen omfattas av begreppet ”information om affärs- och driftförhållanden i näringsidkarens rörelse”, likafullt faller utanför 1 § FHL eftersom de inte är tillräckligt *kvalificerade* för att kunna påverka konkurrensförmågan i negativ riktning; informationen saknar märkbar konkurrenseffekt.⁴⁴ Så är fallet vad gäller helt triviala uppgifter som inte kan antas ha någon ekonomisk betydelse samt information som rör privatlivet,

³⁷ FHL-P s. 35; NJA 1998 s. 633.

³⁸ Fahlbeck (2013) s. 310.

³⁹ Wainikka (2010) s. 37.

⁴⁰ Se exempelvis AD 2003 nr 21.

⁴¹ Detta innebär också att informationen inte kan ha en alltför *allmän prägel*, se exempelvis AD 2003 nr 21 där mallar, checklistor m.m. inte ansågs vara företagsspecifik information.

⁴² FHL-P s. 35. En näringsidkare kan inte heller med giltig verkan genom avtal förhindra arbetstagaren att nyttja sin personliga yrkesskicklighet, Fahlbeck (2013) s. 311.

⁴³ FHL-P s. 36; NJA 1995 s. 347. Se också t.ex. AD 1998 nr 80 och AD 2013 nr 24.

⁴⁴ NJA 1998 s. 633. Se också uttalandet i AD 2013 nr 24 ”[...] inte anses ha märkbar betydelse för [kärändens] konkurrensförmåga”. Jmf Domeij (2016) s. 134 f.

exempelvis vilket politiskt parti näringsidkaren sympatiserar med.⁴⁵ En följd av det sagda är att informationen måste ha ett visst mått av *precisering* för att kunna sägas vara av sådan karaktär att ett röjande av densamma är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende.⁴⁶ Exempelvis utgör allmän, avrundad eller uppskattad information sådan information som är allt för oprecis för att kunna anses påverka konkurrensförmågan.⁴⁷

Angreppet ska vidare vara av sådan beskaffenhet att det medför skada eller risk för skada.⁴⁸ Den skada som näringsidkaren lider eller riskerar att lida måste inte nödvändigtvis vara ekonomisk.⁴⁹ Skadan måste däremot vara skyddad av rättsordningen, d.v.s. vara ersättningsgill. Därmed kan ett röjande av uppgift om brottslig verksamhet eller annat allvarligt missförhållande inte anses innebära skada.⁵⁰ Avsikten är att skydd endast tillkommer för ”sådana kunskaper som har betydelse för en näringsidkare när han konkurrerar på marknaden med de konkurrensmedel som är förenliga med kravet på en *sund konkurrens* [min kursivering]”.⁵¹

4.1.1.2 Kravet på hemlighållande

Näringsidkarens information måste vara *hemlig* för att kunna åtnjuta skydd enligt FHL. Offentlig information kan inte utgöra företagshemlighet i lagens mening. Begreppet ”hemlig” har emellertid en relativ innebörd. Kravet ska inte förstås som ett krav på ett absolut hemlighållande. Uppgifterna ska inte vara tillgängliga för varje person som skulle kunna ha ett intresse av att ta del av dem, men det finns inget krav på att informationen inte får spridas till fler än ett visst antal personer eller utanför en särskild krets. Exempelvis kan utomstående parter med vilken näringsidkaren har samarbete eller affärsförbindelse ta del av information utan att informationen för den sakens

⁴⁵ AD 2013 nr 24. Se också Domeij (2016) s. 132.

⁴⁶ Fahlbeck (2013) s. 333.

⁴⁷ Se AD 2010 nr 7 (ej refererat), AD 2003 nr 21, AD 2013 nr 24, Stockholms tingsrätt T 33071-05 och T 24524-07 fastställt av Svea hovrätt, T 6449-08. Jmf dock NJA 1998 s. 633.

⁴⁸ FHL-P s. 36 f; Domeij (2016) s. 131.

⁴⁹ Se avsnitt 4.5.1.

⁵⁰ Fahlbeck (2013) s. 330; Lagrådet s. 105 f; LU30 s. 21f; LU37 s. 22f.

⁵¹ Lagrådet s. 105.

skull förlorar sin karaktär som företagshemlig.⁵² Licensgivning, legotillverkning, entreprenadarbete och organiserat samarbete såsom joint venture och samarbete mellan bemannings- och kundföretag är exempel på situationer där företagshemlig information kan figurera utanför det egna bolaget.⁵³ Spridningen av den hemliga informationen får emellertid inte vara allmän och okontrollerad. Den krets som faktiskt har kännedom om informationen måste vara ”begränsad, definierbar och sluten i den meningen att de som har del av informationen inte reservationslöst är behöriga att utnyttja eller föra den vidare”.⁵⁴ Får informationen tillräcklig spridning genom exempelvis marknadsintroduktion, publicering eller liknande uppfyller således informationen inte längre hemlighetsrekvisitet.⁵⁵ Informationen kan också bli offentlig om den lämnas in till myndighet och därigenom blir offentlig allmän handling.⁵⁶

Det finns inget krav att informationen ska vara betydelsefull eller att särskilda omständigheter motiverar ett hemlighållande.⁵⁷ Det är upp till näringsidkaren att avgöra vilken information som denne anser vara skyddsvärd.⁵⁸ I kravet på hemlighetsållande ligger dock ett krav på ett visst mått av *aktivitet*.⁵⁹ Sådan aktivitet kan bestå av hemligstämpling, säkerhetsinstruktioner och liknande, men något formkrav rör det sig inte om; det krävs inte att några särskilda skyddsåtgärder vidtas. Det är istället näringsidkarens *ambition* att hemlighålla viss information som är central för aktivitetskravet. En sådan ambition kan komma till uttryck på olika sätt.⁶⁰ Ambitionen kan vara uttrycklig genom fysiska eller tekniska åtgärder, eller genom att sekretess följer av lag eller

⁵² FHL-P s. 13, s. 35. Tvärtom kan en företagshemlighet kan vara *gemensam* för flera företag genom ett samarbete, se diskussionen i Fahlbeck (2013) s. 338–349.

⁵³ FHL-P s. 35; Fahlbeck (2013) s. 318 f.

⁵⁴ FHL-P s. 13.

⁵⁵ SOU 1983:52 s. 290.

⁵⁶ Fahlbeck (2013) s. 321. Angående möjlighet till sekretess under domstolsprocess, se avsnitt 4.7.1. Angående anbud i offentlig upphandling, se Domeij (2016) s. 110 f.

⁵⁷ Se t.ex. LU30 s. 19. Näringsidkaren måste dock, som framgått, ha haft befogad anledning i konkurrenshänseende att hålla informationen hemlig. Att det inte krävs särskilda omständigheter förefaller således något missvisande.

⁵⁸ Fahlbeck (2013) s. 298. Jmf FHL-P s. 36.

⁵⁹ Fahlbeck (2013) s. 323. Näringsidkaren ska ”hålla” informationen hemlig.

⁶⁰ FHL-P s. 13, s. 36 ; Fahlbeck (2013) s. 323 f.

avtal.⁶¹ Ambitionen kan däremot också framgå av omständigheterna. Det rör sig i sådana situationer om underförstådd tystnadsplikt. Exempelvis kan en etablerad affärsrelation eller verksamhetens art och form ha sådan karaktär att näringsidkarens intention att hemlighålla viss information måste anses stå klar.⁶² I praxis har hemlighållandekravet ansetts vara uppfyllt då omständigheterna har varit sådana att käranden får anses ha haft en *befogad anledning att utgå från* att det stod klart för motparten att informationen skulle hållas hemlig, även utan en uttrycklig sådan önskan.⁶³ Det förhåller sig emellertid inte alltid så att näringsidkarens ambition framgår av omständigheterna på ett sådant sätt att aktivitetskravet ska anses vara uppfyllt. I sådana fall måste näringsidkaren i viss mån *manifestera* sin vilja att viss information ska vara hemlig.⁶⁴ Även om det inte krävs att säkerhetsåtgärder vidtagits, kan således avsaknaden av sådana åtgärder medföra att arbetstagarna inte kan anses ha insett eller bort ha insett att informationen inte fick röjas eller utnyttjas.⁶⁵

4.1.2 EU-direktivet

Den skyddsvärda informationen är i likhet med FHL benämnd ”företagshemligheter”. Artikel 2.1 definierar företagshemlighet som information vilken 1) är hemlig i den meningen att den inte, som helhet eller i den form dess beståndsdelar ordnats och satts samman, är allmänt känd hos eller lättillgänglig för de personer i de kretsar som normalt sett handskas med typen av information i fråga, 2) har ett kommersiellt värde p.g.a. att den är hemlig och 3) innehavaren av informationen, med hänsyn till omständigheterna, har vidtagit rimliga åtgärder för att hemlighålla den. Definitionen av information, artikel 2.1 a) jämte skäl 2, synes motsvara den

⁶¹ Sekretessavtal har stark bevisverkan vid bedömningen av ond tro, se Tonell (2012a) s. 45 f, Svea hovrätt T 81/96 och tingsrätternas bedömning i AD 2009 nr 63 och AD 2017 nr 12. Jmf avsnitt 4.4.1.2.

⁶² FHL-P s. 36; Koch (2001) s. 157; Domeij (2016) s. 117 ff.

⁶³ NJA 1998 s. 633. Fahlbeck diskuterar hemlighållandekravet mot bakgrund av nämnda rättsfall i Fahlbeck (2013) s. 325. Om informationen regelmässigt hålls hemlig inom aktuell bransch kan ambitionen anses framgå underförstått, se RH 2002:11.

⁶⁴ FHL-P s. 13; Koch (2001) s. 157. Se t.ex. AD 2003 nr 21 och AD 2013 nr 24.

⁶⁵ FHL-P s. 36. Detta framhölls i AD 2003 nr 21 och AD 2017 nr 12.

svenska definitionen.⁶⁶ Av formuleringen ”eller i den form dess beståndsdelar ordnats eller satts samman” framgår också att även sammanställningar av allmänt tillgänglig information kan utgöra företagshemlighet.⁶⁷ Inget krav på att informationen ska avse affärs- och driftförhållandena återfinns i direktivet. Begreppet ”affärs- och driftförhållanden” framstår, särskilt mot bakgrund av den innebörd begreppet har fått i svensk rätt, som överflödigt.⁶⁸ Att det ska röra sig om information som har koppling till rörelsen framgår inte uttryckligen av direktivet. Att detta förutsätts för att erhålla skydd framgår dock av att informationen inte får vara ”lättillgänglig för de personer i de kretsar som normalt sett handskas med typen av information i fråga”. Informationen måste alltså vara företagsspecifik och inte utgöra allmännytt i aktuell bransch. Även direktivet drar en gräns mellan vad som är skyddsvärd företagsspecifik information och vad som är sådan erfarenhet och färdighet som tillhör arbetstagaren och vars användning inte får begränsas.⁶⁹

I likhet med den svenska regleringen tar direktivet sikte på att informationen ska vara hemlig; om informationen är eller blir offentlig, kan den inte erhålla rättsligt skydd. Kravet att informationen ska hållas inom en i princip identifierad, begränsad krets och därtill kopplad bedömning synes tillämpligt även efter ett genomförande av direktivet. Detta gäller i synnerhet resonemanget om att information ska kunna figurera utanför det egna bolaget utan att anses bli allmänt känd, med hänsyn till direktivets intention att främja gränsöverskridande samarbete och kunskapsutbyte. Beträffande information som genom överlämnande till offentlig myndighet blir allmän handling, medför direktivet inga förändringar.⁷⁰

Båda regelverken kräver att näringsidkare i viss mån aktivt hemlighåller informationen. Måttet av aktivitet som föreskrivs i direktivet tycks dock skilja

⁶⁶ Jmf Fahlbeck PM p. 1, s. 9.

⁶⁷ Jmf Domeij (2016) s. 130.

⁶⁸ Se Domeij (2016) s. 93.

⁶⁹ Artikel 1.3 b).

⁷⁰ Artikel 1.2 c; skäl 18 in fine. Se Fahlbeck PM p. 10, s. 9.

sig från svensk rätt, vilket också görs gällande av Bengt Domeij.⁷¹ Som framgått ställer den svenska regleringen inte särskilt höga krav på hemlighållandet. Några särskilda åtgärder måste överhuvudtaget inte ha vidtagits. Kravet på hemlighållande kan vara uppfyllt då motparten borde förstått att informationen i fråga var hemlig. Direktivet kräver ”rimliga åtgärder med hänsyn till omständigheterna”. Möjligen föreskriver direktivet härigenom ett visst formkrav. Domeij hävdar att det som avses är objektivt rimliga juridiska eller tekniska åtgärder, och att det knappast är tillräckligt att ”hänvisa till att anställda förstod att de inte hade rätt att ta del av viss information, om det var rimligt att kräva att arbetsgivaren vidtog mer åtgärder”.⁷² Det kan tänkas att prövningen exempelvis ska göras i förhållande till vilka åtgärder som normalt förekommer eller som kan krävas inom aktuell bransch avseende aktuell typ av information. Om direktivets krav ska förstås som ett slags formkrav, avviker det hemlighetsrekvisit som föreskrivs enligt direktivet från vad som hittills har gällt enligt svensk rätt. Att det skulle förhålla sig på detta sätt är dock, enligt min uppfattning, inte helt självklart. Även om FHL medger att hemlighållandekravet är uppfyllt när näringsidkarens ambition att hemlighålla viss uppgift framgår av omständigheterna, har praxis i mindre självklara fall ställt krav på att näringsidkaren har förtydligat att sekretess gäller för informationen. Det som enligt svensk rätt prövas är således, som Domeij själv framhåller, ”om åtgärderna som vidtagits av innehavaren/näringsidkaren, varit tillräckliga med tanke på omständigheterna”.⁷³ Direktivets krav på rimliga åtgärder skulle möjligen kunna tolkas på detta sätt; om en arbetstagare vid en bedömning av omständigheterna måste anses ha insett eller i vart fall borde ha insett att informationen hemlighölls av arbetsgivaren, måste också arbetsgivaren ha ansetts vidtagit rimliga åtgärder (även om detta i det enskilda fallet innebär *inga* åtgärder). Något starkt stöd för en sådan tolkning synes dock inte finnas. Direktivets skäl 23 uttalar att “[...] legitima innehavare av företagshemligheter förväntas iaktta aktsamhetskrav när det gäller att bevara

⁷¹ Se Domeij (2016) s. 125.

⁷² Ibid.

⁷³ Domeij (2016) s. 108.

sina värdefulla företagshemligheters konfidentialitet och övervaka utnyttjandet av dem [...]”. Mot bakgrund av detta kanske enbart *tillräckliga* åtgärder inte räcker för att åtnjuta rättsordningens skydd; kanske måste åtgärderna därutöver vara rimliga objektivt sett. Citatet tar emellertid inte sikte på vilken typ av hemlighetsbevarande åtgärder som krävs enligt direktivet. Uttalandet görs i samband med att direktivet framhåller betydelsen av skadeståndspreskription. Sammanfattningsvis får begreppet ”rimliga åtgärder” således anses vara oklart, även om det finns större anledning att anta att begreppet ändå ska betraktas som ett slags formkrav; om än med viss osäkerhet om hur långt detta i sådana fall sträcker sig.

I såväl FHL som direktivet är det kommersiella värdet av central betydelse. Direktivet framhåller att näringsidkaren ska ha ett legitimt intresse av konfidentialitet och berättigade förväntningar på att konfidentialiteten bevaras. Trivial information faller därmed utanför även direktivets definition av företagshemlighet.⁷⁴ Det kan däremot ifrågasättas om direktivet ställer lika höga krav på det kommersiella värdet som FHL gör. För det första anges att information med faktiskt eller *potentiellt* kommersiellt värde utgör skyddsvärd företagshemlighet.⁷⁵ För det andra kräver inte direktivet att det är just *konkurrensförmågan* som påverkas i negativ riktning. Förmågan att hävda sig i konkurrensen utgör bara ett av flera sätt genom vilka det kommersiella värdet manifesteras; om ett angrepp undergräver konkurrensförmågan *eller* den angripnes vetenskapliga och tekniska potential, affärsintressen eller ekonomiska intressen eller strategiska ställning, får informationen anses ha ett kommersiellt värde. För det tredje, har svensk rättspraxis som framgått krävt att informationen, genom att vara tillräckligt preciserad, har *märkbar betydelse* för konkurrensförmågan. Något sådant synes direktivet inte förutsätta. Istället talas om att ett angrepp på aktuell information ”sannolikt skadar intressen [...] genom att undergräva [...]”.⁷⁶ Med nämnda definition måste direktivets krav på kommersiellt värde

⁷⁴ Skäl 14.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Skäl 14.

anses omfatta betydligt mycket mer information än det krav som ställs upp enligt FHL. Det kan exempelvis tänkas att information som rör privatlivet ska omfattas av direktivet. Att det ”sannolikt” ska skada den angripnes intressen synes däremot motsvara ”ägnad att” medföra skada enligt FHL. Skada måste sålunda inte ha uppstått utan att det räcker med att angreppet är av den beskaffenhet att det typiskt sett kan leda till skada.

Slutligen omfattar även direktivet annan skada än ekonomisk;⁷⁷ detta diskuteras nedan i avsnitt 4.5.2. Inte heller åtnjuter försummelse, oegentligheter eller olaglig verksamhet skydd enligt direktivet;⁷⁸ detta diskuteras nedan avsnitt 4.3.2.

4.2 Formerna för ett ”angrepp” på företagshemlighet

4.2.1 FHL

I 2 § första stycket FHL stadgas att lagen endast tillhandahåller skydd mot obehöriga angrepp. Ett ”angrepp” kan enligt vad som följer av andra stycket bestå i att företagshemlig information olovligen antingen anskaffas, utnyttjas eller röjs. I begreppet ”anskaffa” ryms också att ”bereda sig tillgång till” på det sätt som anges i 3 § FHL.⁷⁹ Att anskaffa eller att bereda sig tillgång till annans företagshemligheter är straffsanktionerat enligt 3–4 §§. Ett angrepp i enlighet med de civilrättsliga ansvarsgrunderna i artikel 6–8 §§ kan däremot endast bestå av otillåtet utnyttjande eller röjande. I det följande diskuteras därför bara begreppen utnyttjande respektive röjande.⁸⁰

4.2.1.1 Utnyttjande

Begreppet ”utnyttjande” innebär enligt förarbetena att ”någon i egen verksamhet praktiskt tillämpar den information som företagshemligheten innebär”.⁸¹ Av detta följer att det ska röra sig om ett *kommersiellt* utnyttjande;

⁷⁷ Artikel 14.2.

⁷⁸ Artikel 5 b).

⁷⁹ Fahlbeck (2013) s. 351.

⁸⁰ Om rekvisitet ”anskaffa” se bl.a. FHL-P s. 40 och Fahlbeck (2013) s. 353 ff.

⁸¹ FHL-P s. 41.

dock utan krav att verksamheten genererar vinst.⁸² Informationen ska användas för att nå ett kommersiellt resultat som annars inte hade varit möjligt.⁸³

Eftersom ett ”utnyttjande” i lagens mening kräver praktisk tillämpning i kommersiell verksamhet, är rekvisitet inte uppfyllt vid enbart passivt innehav.⁸⁴ Det sagda innebär att en arbetstagares olovliga bortförande, överförande eller kopiering av företagshemlighet, vilken denne har lovlig tillgång till, inte i sig kan anses vara utnyttjande i lagens mening; inte ens om så sker som ett led i förberedelse att starta upp konkurrerande verksamhet.⁸⁵ Fahlbeck påpekar att detta förhållande inte till fullo stämmer överens med FHL:s grundläggande syften.⁸⁶ Inte heller är det ett utnyttjande att förstöra eller radera en näringsidkares hemligheter.⁸⁷ För att ett agerande ska anses innebära ett ”utnyttjande” enligt FHL krävs således att angriparen i viss mån är aktiv.

Vad som närmare avses med kommersiellt utnyttjande är inte helt klart. Någon vägledning ges inte i förarbetena. Reinhold Fahlbeck gör gällande att inte bara utåt synligt eller påvisbart utnyttjande omfattas, utan att även internt utnyttjande, exempelvis i det egna forsknings- och utvecklingsarbetet, kan utgöra ett ”utnyttjande” enligt lagen. Han hävdar också att ett indirekt nyttjande, exempelvis genom att använda annan näringsidkares företagshemliga kundinformation som ”uteslutningsinstrument” för att utforma sin marknadsföring eller annars styra det externa agerandet, torde

⁸² Ibid.

⁸³ Domeij (2016) s. 159. Privat utnyttjande faller således utanför tillämpningsområdet för FHL, se Domeij (2016) s. 160 f. Det kan däremot strida mot BrB eller anställningsavtal.

⁸⁴ Fahlbeck (2013) s. 360. Detta förutsätter dock att den som kopierar eller bortför informationen, i normalfallet en arbetstagare, inte kommit över informationen på obehörigt sätt. Att kopiera eller att ta med sig information som arbetstagaren inte har lovlig tillgång till kan vara ett anskaffande i strid med FHL.

⁸⁵ Ibid; Domeij (2016) s. 162 f; AD 2015 nr 39. I Svea hovrätt Ö 9002-03 ansågs inte ens *utomstående* näringsidkares olovliga innehav utgöra utnyttjande.

⁸⁶ Fahlbeck (2013) s. 360 f, s. 467. En annan sak är att sagda handlande är otillåtet enligt regler utanför FHL, exempelvis enligt arbetsrätten eller enligt BrB, se NJA 2001 s. 362 och Fahlbeck (2001).

⁸⁷ Domeij (2016) s. 157 f; AD 2002 nr 38. Det strider däremot mot de förpliktelser som uppstår genom anställningsavtalet.

kunna utgöra ett obehörigt utnyttjande.⁸⁸ Det råder emellertid delade meningar om att det skulle förhålla sig på detta sätt. Domeij hävdar att det av NJA 1998 s. 633 framgår att det måste finnas tillräcklig *kausalitet* mellan den företagshemliga informationen och annans kommersiella agerande; troligen förutsätts, enligt honom, att företagshemligheten har varit den dominerande orsaken till det särskilda agerandet för att detsamma ska anses utgöra ett utnyttjande. Han hävdar vidare att praxis synes kräva en relativt direkt kausalitet. Att enbart använda företagshemligheten som ”uteslutningsmoment” eller på annat indirekt sätt nyttja företagshemligheten skulle således sannolikt innebära en alltför oklar koppling till ifrågavarande företagshemlighet för att kunna anses utgöra ett utnyttjande. Det innebär också att det inte nödvändigtvis är ett utnyttjande om företagshemligheterna endast utgör en faktor av flera som inverkar på ett beslut.⁸⁹

En intressant fråga i detta sammanhang är i vad mån produkter som möjliggjorts av olovligt utförd forsknings- eller utvecklingsarbete⁹⁰ ska anses utgöra ett utnyttjande. Domeij konstaterar att en produkt som är ett resultat av annans företagshemliga information konstituerar ett utnyttjande. Om det däremot skett en teknisk *vidareutveckling* av produkten på så sätt att den angripna informationen endast haft delvis betydelse för produktens slutliga utformning är det mera oklart vart den nedre gränsen för utnyttjande går, och produkten istället ska anses vara ett resultat av angriparens egna ansträngningar. Domeij gör gällande att den kausalitetsbedömning som just redogjorts för äger tillämpning även vid sådana situationer. Har angriparen på ett relativt betydande sätt bidragit till slutprodukten på sådant sätt att den angripna informationen enbart har haft marginell betydelse för slutproduktens utformning, och den konkurrens fördel som erhållits vid en jämförelse med angriparens egna prestation därför framstår som tämligen liten, kan angriparen möjligen undvika ansvar enligt lagen.⁹¹

⁸⁸ Fahlbeck (2013) s. 361 f.

⁸⁹ Domeij (2016) s. 166–170. Fahlbeck framför dock kritik mot utgången i NJA 1998 s. 633 och anför att ett utnyttjande borde ansetts ha förelegat, se Fahlbeck (2013) s. 436 f.

⁹⁰ Jmf ”intrångsgörande produkter” i immaterialrätten.

⁹¹ Domeij (2016) s. 170 ff.

4.2.1.2 Røjande

Begreppet ”røjande” innebär att företagshemligheten avslöjas för någon annan; till vem som helst och på vilket sätt som helst.⁹² Av detta följer att en arbetstagare, uppdragstagare eller annan som har lovlíg tillgång till informationen som utgångspunkt inte genom att inneha eller överföra informationen till sig själv eller till en enskild firma i vilken denne är ensamt verksam i, kan anses røj informationen i lagens mening.⁹³ Sker däremot överlämnandet till enskild firma i andra fall eller till ett aktiebolag eller annan juridisk person – i typfallet en ny arbetsgivare – är agerandet att betrakta som ett røjande.⁹⁴ Ett røjande kan också uppstå vid s.k. kunskapsidentitet. Detta innebär att den som överför företagshemlig information till sig själv, hos en utomstående näringsidkare – exempelvis en ny arbetsgivare eller ett eget uppstartat aktiebolag – intar en sådan position hos denne att näringsidkaren får anses ha kännedom om informationen redan genom att informationen befinner sig hos överföraren.⁹⁵

4.2.2 EU-direktivet

Av artikel 4 i direktivet framgår vilken typ av angrepp som är otillåtna. Bestämmelsen anger inte vad som ska förstås med begreppen ”utnyttjande” respektive ”røjande”, men kan i huvudsak antas överensstämma med den svenska regleringen; dock med två viktiga undantag. För det *första* framgår av artikel 4.2 a) att obehörig kopiering av information, även sådan information vilken personen ifråga har lovlíg tillgång till, konstituerar olagligt anskaffande.⁹⁶ Sådan kopiering medför enligt artikel 4.3 a) också att ett efterföljande utnyttjande eller røjande är olagligt. Även att ”tillägna sig” information ska utgöra ett sådant olagligt anskaffande. Vad som ska förstås med rekvisitet ”tillägna sig” är enligt min uppfattning oklart. Begreppet skulle

⁹² Fahlbeck (2013) s. 370.

⁹³ En annan sak är att det kan röra sig om ett otillåtet utnyttjande, brott mot lojalitetsplikt eller brott mot BrB.

⁹⁴ Fahlbeck (2013) s. 371; Domeij (2016) s. 180. Se exempelvis AD 2011 nr 11. Detta gäller oavsett vem som ägare till eller kontrollerar den juridiska personen.

⁹⁵ Fahlbeck (2013) s. 372 ff. När så är fallet kan således ansvar för den främmande näringsidkaren enligt 8 § uppstå i kombination med ansvar för överföraren enligt 6 § eller 7 § andra stycket.

⁹⁶ Fahlbeck PM p. 4, s. 10.

möjligen kunna förstås så, att den som har *lovlig* tillgång till viss information och som olovligen överför eller bortför informationen till sig själv gör sig skyldig till ett otillåtet utnyttjande.⁹⁷ För svenskt vidkommande skulle det sagda innebära en avsevärd förstärkning av skyddet för företagshemligheter, eftersom detta i dagens reglering inte kan beivras enligt FHL annat än vid efterföljande utnyttjande eller röjande. Det är emellertid också möjligt att begreppet ”tillägna sig” istället ska förstås som fysiska tillägnanden i form av stöld.⁹⁸

För det *andra* inför direktivet en bestämmelse om ”intrångsgörande varor”. Med sådana varor avses varor vilkas formgivning, egenskaper, funktion, produktionsprocess eller marknadsföring gynnas avsevärt av olagligen anskaffade, utnyttjade eller röjda företagshemligheter.⁹⁹ Härigenom förtydligas det faktum att angrepp på information kan resultera i intrångsgörande varor. Begreppet återfinns inte i nuvarande lagstiftning, men som framgått kan tillverkning av produkter med hjälp av annans företagshemlighet anses utgöra ett otillåtet utnyttjande enligt FHL. Direktivet anger emellertid att inte bara tillverkning av intrångsgörande varor konstituerar ett otillåtet utnyttjande, utan även att utbjuda dem till försäljning eller släppa ut dem på marknaden, eller att importera, exportera eller lagra intrångsgörande varor för dessa syften.¹⁰⁰ Härmed utsträcks rekvisitet ”utnyttjande” till att omfatta i stort sett all typ av hantering av intrångsgörande varor, även om hanteringen sker i ett senare led (se även avsnitt 4.4.2). Direktivet förefaller således även i detta avseende införa en ny typ av angrepp.¹⁰¹ Fahlbeck gör gällande att bestämmelserna avseende intrångsgörande varor – ”smittat gods” – är mycket angelägna ur svenskt perspektiv. Han gör också gällande att detta bör utvidgas till att även omfatta tjänster.¹⁰² Mot bakgrund av att inte enbart tillverkningsföretag, utan även rena kunskapsföretag, förlitar sig på skyddet för företagshemligheter i stor

⁹⁷ Jmf Domeij (2016) s. 164.

⁹⁸ EU har dock som konstaterats inte straffrättslig kompetens.

⁹⁹ Artikel 2.4.

¹⁰⁰ Artikel 4.5.

¹⁰¹ Jmf Domeij (2016) s. 173 f.

¹⁰² Muntlig information till författaren från Reinhold Fahlbeck.

utsträckning, är det också min uppfattning att en sådan utvidgning är önskvärd även om direktivet inte uttryckligen omfattar tjänster.

Det är oklart i vilken mån kausalitet mellan aktuell företagshemlighet och svarandens agerande ska råda för att ett utnyttjande ska anses ha skett. Vad gäller intrångsgörande varor stadgas att varorna ska ha gynnats avsevärt. Detta synes motsvara vad Domeij gjort gällande avseende vidareutveckling av produkter. Om det förutsätts att företagshemligheten ska ha varit en betydande orsak till agerandet i andra fall, eller om ett indirekt utnyttjande kan vara tillräckligt, ger direktivet däremot inte svar på.

4.3 Tillåtna angrepp: Behöriga respektive lagliga angrepp

4.3.1 FHL

Av 2 § FHL framgår att endast ”obehöriga” angrepp beivras enligt FHL. Bestämmelsen är en generalklausul.¹⁰³ 2 § andra stycket FHL anger att röjande av information om brott eller andra allvarliga missförhållanden inte utgör obehörigt angrepp. Detsamma gäller enligt tredje stycket när tredje man utnyttjar eller röjer en företagshemlighet denne mottagit i god tro. Dessa två situationer utgör dock endast exemplifieringar av behöriga angrepp. Ett angrepp kan anses vara behörigt även i andra fall. Exempelvis är utnyttjande eller röjande av företagshemlighet behörigt om det sker med näringsidkarens samtycke,¹⁰⁴ vid tillämpning av 22 § MBL samt vid vittnesplikt och andra lagreglerade skyldigheter gentemot domstol och myndighet¹⁰⁵ I det följande behandlas 2 § andra och tredje stycket FHL.

¹⁰³ Fahlbeck (2013) s. 377.

¹⁰⁴ Samtycket kan vara uttryckligt eller underförstått, eller framgå av att en arbetstagare har viss typ av arbetsuppgifter. Se FHL-P s. 45, Fahlbeck (2013) s. 377, s. 460, Domeij (2016) s. 154 ff samt AD 2010 nr 7 (ej refererat).

¹⁰⁵ Domeij (2016) s. 142; Fahlbeck (2013) s. 377; LU30 s. 32; LU37 s. 35.

4.3.1.1 Visselblåsning: Brott och andra allvarliga missförhållanden

Syftet med 2 § andra stycket FHL är att skydda samhällsintresset av att viss information kommer till allmänhetens kännedom.¹⁰⁶ Bestämmelsen innebär ett skydd för s.k. visselblåsare (eng. *whistle-blowers*) att påtala oegentligheter inom näringsverksamheten.¹⁰⁷ Brottsliga förfaranden och andra allvarliga missförhållanden kan som framgått inte utgöra företagshemlighet enligt 1 § FHL. Detta gäller emellertid endast *bevisligen* utförda handlingar. Misstanke om brott eller allvarliga missförhållanden kan utgöra sådan information som i och för sig är företagshemlig enligt lagens definition. I sådana situationer öppnar 2 § FHL upp för möjligheten att trots detta bringa sådan information till allmän kännedom, utan att ansvar träder in enligt lagen.¹⁰⁸

Röjandet ska göras *för att* offentliggöra eller inför en myndighet eller annat behörigt organ avslöja informationen; offentliggörande eller avslöjande får sålunda endast göras i direkt syfte att uppdaga brott eller allvarliga missförhållanden. Den person som avslöjar sådant förhållande får inte göra detta i avsikt att bereda sig eller annan ekonomiska fördelar.¹⁰⁹ En företagshemlighet får dessutom endast röjas i den mån det är nödvändigt för detta syfte.¹¹⁰ Det råder sålunda en proportionalitetsprincip vid tillämpning av bestämmelsen. En viss grad av allvarighet krävs för att angreppet ska anses vara behörigt.¹¹¹ Det är inte tillåtet att röja företagshemlig information för att avslöja en bagatellartad förseelse.¹¹² Vid misstänkt brottslighet krävs att det rör sig om ett brott för vilket fängelse ingår i straffskalan. Beträffande allvarliga missförhållanden ska det röra sig om förfaranden som framstår som fullständigt oacceptabla därför att de utgör ett allvarligt åsidosättande – utan

¹⁰⁶ Domeij (2016) s. 143. Likaså finns ett konkurrensrättsligt intresse att sådana oegentligheter uppdagas, se LU30 s. 26; LU37 s. 23.

¹⁰⁷ Fahlbeck (2013) s. 384.

¹⁰⁸ Domeij (2016) s. 133; LU30 s. 22, s. 25. Observera dock att misstanken måste vara *skälig*, se LU30 s. 26; LU37 s. 91.

¹⁰⁹ LU30 s. 23 f; LU37 s. 25.

¹¹⁰ PM s. 85; LU30 s. 27; LU37 s. 91.

¹¹¹ Fahlbeck (2013) s. 385.

¹¹² LU30 s. 27; LU37 s. 24, s. 91.

att för den sakens skull innebära brott – av lagstiftning som är avsedd att skydda exempelvis liv och hälsa.¹¹³

Slutligen kan det undantagsvis vara berättigt enligt 2 § FHL att inhämta företagshemlighet från konkurrent i syfte att påvisa att denne olovligen utnyttjar ens företagshemligheter; Fahlbeck kallar detta *självhjäl*p.¹¹⁴ I sådana fall kan nämligen inhämtandet anses ha skett i syfte att inför behörig myndighet avslöja brott eller allvarligt missförhållande hos konkurrenten.¹¹⁵

4.3.1.2 Godtrosförvärv

I 2 § tredje stycket FHL stadgas att den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som denne eller någon före denne fått del av i god tro, inte begår ett obehörigt angrepp. Den goda tron ska avse att informationen ifråga inte var hemlig. Den som mottagit företagshemlig information i tron att den var offentlig och därmed kunde spridas till envar kan således inte bli ansvarig enligt FHL. Det är tillräckligt att mottagaren är i god tro vid den tidpunkt denne tar del av informationen; efterföljande ond tro, d.v.s. att mottagaren senare får vetskap om att informationen i själva verket var hemlig, förtar inte angreppets karaktär som berättigt. Ibland kan en företagshemlighet ”vandra i flera led”. I sådana fall krävs för ansvarsfrihet för mottagaren att såväl mottagaren som samtliga mellanhänder har varit i god tro. Detta följer av formuleringen ”som han eller någon före honom har fått del i god tro”.¹¹⁶

4.3.2 EU-direktivet

4.3.2.1 Lagliga angrepp

Direktivets artikel 3 anger fem situationer då ett anskaffande, utnyttjande eller röjande är lagligt. De två första situationerna avser oberoende upptäckt eller skapande (artikel 3.1 a)), och iakttagelse, undersökning, demontering eller

¹¹³ LU37 s. 24. Jmf LU37 s. 22.

¹¹⁴ Fahlbeck (2013) s. 380.

¹¹⁵ Svea hovrätt B 5480-03; Domeij (2016) s. 144. Mer djupgående, se Fahlbeck (2013) s. 380 ff.

¹¹⁶ Fahlbeck (2013) s. 395 f; Domeij (2016) s. 147 f.

test av produkter eller föremål som antingen har gjorts tillgängliga för allmänheten eller som personen ifråga lagligen innehar (s.k. reversed engineering, artikel 3.1 b)).¹¹⁷ Detta gäller även enligt svensk rätt, även om detta inte uttryckligen framgår av lagtexten. Det grundläggande för skyddet enligt FHL är informationens karaktär som *hemlig*. Lagens främsta uppgift är att ingripa mot otillbörlig hantering av näringsidkares hemligheter. Till skillnad från immaterialrätten rör det sig alltså inte om ett objektsskydd. Innehavaren kan inte förvärva ensamrätt till den information som hålls hemlig, och därmed inte heller förhindra tredje man från att självständigt utveckla och därefter använda samma information, eller från att genom reversed engineering upptäcka den företagshemlighet som ligger bakom produkten i fråga.¹¹⁸ Direktivet innebär i denna del ett förtydligande av att det skydd som tillhandahålls för företagshemligheter skiljer sig från det skydd som följer av de immateriella rättigheterna.¹¹⁹ Förmodligen kommer direktivet också kräva att en bestämmelse om detta intas i FHL. Den tredje situationen då ett angrepp anses lagligt är vid utövandet av information och samråd enligt unionsrätt eller nationell rätt (artikel 3.1 c)). Inte heller detta medför förändringar för svensk rätt; agerande i enlighet med 22 § medbestämmandelagen (1976:580) är att anse som behörigt. Den fjärde typen av lagligt angrepp är ”varje annan metod som under omständigheterna överensstämmer med god affärssed”. Motsatsvis konstituerar sådant anskaffande som sker i strid med god affärssed ett olagligt angrepp.¹²⁰ Bestämmelsen är en generalklausul som saknar motsvarighet i FHL.¹²¹ Bestämmelser om god affärssed och god sed återfinns dock i immaterialrätten – exempelvis 7 § mönsterskyddslagen (1970:485), 11 § varumärkeslagen

¹¹⁷ Se också skäl 16 och 17.

¹¹⁸ Domeij (2016) s. 113 ff; Fahlbeck (2013) s. 123; Wainikka (2010) s. 13. Det går därför inte heller att föra talan om bättre rätt till viss företagshemlighet, Domeij (2016) s. 82. Informationen utgör dock självfallet en företagshemlighet hos respektive företag, se Fahlbeck (2013) s. 321.

¹¹⁹ Direktivet framhåller att företagshemligheter och immateriella rättigheter ska hållas isär. Direktivet anger att i de situationer där Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG om säkerhetsställande av skyddet för immateriella rättigheter (immaterialrättsdirektivet) och företagshemligheterdirektivet överlappar varandra, ska företagshemlighetsdirektivet åtnjuta företräde som *lex specialis*, se skäl 39.

¹²⁰ Artikel 4.2 b).

¹²¹ Fahlbeck PM p. 1, s. 10.

(2010:1877) och 11 och 23 §§ upphovsrättslagen (1960:729) – där det anges att den ensamrätt som följer av respektive lag begränsas av utnyttjanden som överensstämmer med god affärssed eller god sed. I detta avseende synes således skyddet för företagshemligheter istället närma sig regleringen i immaterialrätten. Vad begreppet ska anses innebära i förhållande till företagshemligheter ger däremot direktivet inte svar på. Den femte och sista typen av lagligt angrepp är då ett anskaffande, utnyttjande eller röjande krävs eller medges enligt unionsrätt eller nationell rätt (artikel 3.2). Denna synes motsvara vad som gäller enligt svensk rätt, t.ex. beträffande vittnesplikt.

4.3.2.2 Visselblåsning och andra undantag från skadeståndsansvar

Direktivet ska inte begränsa skyddet för visselblåsare.¹²² Anskaffande, utnyttjande eller röjande av information för att avslöja fall av försummelser, oegentligheter eller olaglig verksamhet utgör visserligen ett olagligt angrepp, men vid sådana angrepp ska *undantag* från ansvar meddelas i enlighet med artikel 5 b), förutsatt att angriparen agerade till skydd för allmänintresset. En ansökan om de åtgärder, förfaranden och rättsmedel som kan komma ifråga vid anskaffande, utnyttjande och röjande ska därmed avslås om angreppet skett i sådant syfte. I detta avseende skiljer sig systematiken i direktivet från den väg som valts i svensk rätt. Bestämmelsens materiella innehåll förefaller dock huvudsakligen motsvara FHL.¹²³ Såväl FHL som direktivet avser skydda allmänintresset av att information om missförhållanden m.m. uppdragas, och ett röjande måste ske *för att* avslöja sådan information. Det ska enligt direktivet också röra sig om ”direkt relevanta” försummelser,¹²⁴ i detta får anses ligga ett krav på allvarlighet av viss dignitet.

En viktig skillnad mellan direktivet och 2 § andra stycket tycks emellertid vara att enbart *faktiska* fall av oegentligheter omfattas av direktivet.¹²⁵ Endast misstanke om försummelser eller missförhållanden räcker i sådana fall inte.

¹²² Skäl 20.

¹²³ Fahlbeck PM p. 4, s. 9.

¹²⁴ Se skäl 20.

¹²⁵ Se Domeij (2016) s. 140. Jmf dock Fahlbeck PM p. 4, s. 9.

Detta innebär att en näringsidkare får ett förstärkt skydd för konfidentiell information, samtidigt som visselblåsares skydd så som det är utformat i 2 § andra stycket FHL de facto begränsas trots att detta inte varit direktivets intentioner. Ska direktivet tolkas på detta sätt synes dock lagstiftaren likafullt vara tvungen att ändra FHL i detta hänseende eftersom direktivet inte tillåter större begränsningar i skyddet för företagshemligheter än de som redan följer av direktivet. Emellertid anges i skäl 20 att undantag från ansvar kan tillåtas om personen hade all anledning att i god tro utgå från att hans agerande var i enlighet med direktivet. Detta kan möjligen tolkas som en ansvarsbefrielse när visselblåsaren trodde att denne avslöjade ett allvarligt missförhållande och heller inte borde ha vetat att det förhöll sig annorlunda. Det synes sålunda finnas utrymme för ansvarsbefrielse vid i vart fall kvalificerade misstankar.

Huruvida en rätt till självhjälp kan utläsas från direktivet är osäkert. Direktivet medger undantag under förutsättning att agerandet görs till skydd för *allmänintresset*. Självhjälp, däremot, lär normalt förekomma för att bevaka ett egenintresse. Det skulle förvisso kunna hävdas att det är ett allmänt intresse att företagshemligheter inte olovligen anskaffas, utnyttjas eller röjs.

Utöver skyddet för visselblåsare stadgar artikel 5 tre andra situationer då undantag ska meddelas. Ett första undantag är utövandet av yttrande- och informationsfriheten, inbegripet rätten till respekt för mediernas frihet och mångfald. Denna ska inte påverkas av direktivet.¹²⁶ Skyddet enligt FHL begränsas till stor del av tryck- och yttrandefriheten i tryckfrihetsförordningen (1949:105) respektive yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469), främst beträffande offentlig verksamhet.¹²⁷ Bestämmelsen innebär inte några förändringar för svensk rätt. Artikel 5 meddelar vidare undantag vid röjande för facklig företrädare, förutsatt att röjandet var nödvändigt för utövandet av uppdraget, samt då angreppet sker ”i syfte att skydda ett i unionsrätt eller nationell rätt erkänt legitimt intresse”.¹²⁸ I svensk

¹²⁶ Artikel 5 a). Se också Artikel 1.2 a); skäl 19.

¹²⁷ Om förhållandet mellan opinionsfriheterna och FHL, se Fahlbeck (2013) kapitel 4.

¹²⁸ Artikel 5 c) och d).

rätt har inte fackliga företrädare behörighet att ta emot företagshemligheter.¹²⁹
Sistnämnda undantag är en generalklausul och saknar motsvarighet i FHL.¹³⁰

4.3.2.3 Godtrosförvärv

Hur direktivet förhåller sig till person som varken kände till eller borde ha känt till att informationen ifråga var företagshemlig är något oklart. Direktivet innehåller inte någon uttrycklig bestämmelse om ansvarsbefrielse för godtroende person. God tro skyddas dock under förutsättning att anskaffandet överensstämmer med god affärssed enligt artikel 3.1 d). I sådana fall är angreppet att betrakta som lagligt. Skäl 29 (motsättningsvis) synes också innebära ansvarsbefrielse för godtroende person; likaså skäl 20 sista meningen även om innebörden av uttalandet är svårtolkad.¹³¹ Av artikel 4.5 följer vidare att en person som hanterar intrångsgörande varor i god tro inte gör sig skyldig till ett olagligt utnyttjande. Direktivet föreskriver därutöver ett visst skydd för godtroende person i den häleriliknande situation som anges i artikel 4.4 (jmf 8 § FHL). Däremot synes korrigeringsåtgärd enligt artikel 12 kunna komma ifråga i häleriliknande situationer; dock utan att skadeståndsansvar enligt artikel 14 aktualiseras, och med den begränsning som följer av artikel 13.3 (denna bestämmelse behandlas i avsnitt 4.6.2).

Bestämmelsen i artikel 4.4 förutsätter emellertid att personen i fråga, vid tidpunkten för anskaffandet *eller* utnyttjandet eller röjandet varken insåg eller borde ha insett att informationen angripits i tidigare led. Därmed synes bestämmelsen inte medge ansvarsbefrielse då personen vid mottagandet av informationen var i god tro, men vid ett senare tillfälle på något sätt försätts i ond tro; efterföljande ond tro förefaller vara ansvarsgrundande. Detta innebär en stor förändring i förhållande till den svenska regleringen.¹³² Eftersom direktivet föreskriver en miniminivå för skyddet för företagshemligheter, förefaller en ändring av den svenska regleringen vara påkallad. Hur det

¹²⁹ Se Fahlbeck (2013) s. 388.

¹³⁰ Jmf Fahlbeck PM p. 1, s. 10.

¹³¹ Mail till författaren från Reinhold Fahlbeck 20170512, se bilaga 1. Jmf dock Domeij (2016) s. 149.

¹³² Jmf Fahlbeck PM p. 6, s. 10.

förhåller sig med efterföljande ond tro i fall av mottagande av information i första hand – d.v.s. utan mellanhand på det sätt som anges i artikel 4.4, eller som kan vara fallet enligt artikel 4.5 – är oklart. Det kan tänkas att efterföljande ond tro medför ansvarsbefrielse så länge det ursprungliga anskaffandet skett i överrensstämmelse med god affärssed. Det kan dock tyckas märkligt att efterföljande ond tro skulle innebära ett tillåtet angrepp när personen fått informationen i första hand men inte när detta skett genom mellanhand. Kanske ska istället bestämmelsen tolkas som att ett röjande eller utnyttjande aldrig ska medföra ansvarsbefrielse om så sker i ond tro.

4.4 Civilrättsligt ansvar

4.4.1 FHL

Det civilrättsliga ansvaret för obehörigt utnyttjande eller röjande av företagshemligheter regleras i 6–8 §§ FHL. Gemensamt för bestämmelserna är att det krävs att utnyttjandet eller röjandet har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. I detta avseende är det fråga om sedvanligt culpaansvar respektive avsikts-, insikts eller likgiltighetsuppsåt.¹³³ Som framgått ska ond tro, d.v.s. att angriparen insåg eller borde ha insett att informationen var hemlig och inte fick röjas eller utnyttjas.¹³⁴ Slutligen förutsätts att skada har uppstått i det enskilda fallet. Eftersom även näringsidkarens intresse av att dennes företagshemligheter inte obehörigen utnyttjas eller röjs utgör ersättningsgill skada enligt 9 § FHL, innebär ett missbruk i stort sett alltid att skada föreligger.¹³⁵

4.4.1.1 Ansvar inom affärsförhållanden

Vid informationsutbyten i samband med affärsförbindelser ålägger 6 § FHL ett skadeståndsansvar för den som brukar företagshemlig information på ett sätt som inte var avsett i affärsrelationen.¹³⁶ Näringsidkaren, antingen fysisk eller juridisk person, har ansvar för såväl eget missbruk som för sina

¹³³ FHL-P s. 45; Fahlbeck (2013) s. 438, s. 459, s. 487.

¹³⁴ Fahlbeck (2013) s. 429, s. 484; Tonell (2012a) s. 36 f och 45 f.

¹³⁵ Fahlbeck (2013) s. 437, s. 459. Se avsnitt 4.5.1.

¹³⁶ Jmf FHL-P s. 43 och Tonell (2012a) s. 35 f.

anställas (principalansvar).¹³⁷ Affärsrelationen kan vara av vilket slag som helst. Det kan exempelvis röra sig om ett samarbete, företagsförvärv, anbuds- eller upphandlingsförfarande, uppdragsförhållande eller ett avtal mellan ut- och inhyrarföretag om inhyrning av bemanningsanställda.¹³⁸ Att uppdragstagare omfattas av bestämmelsen är dock sanning med viss modifikation. Styrelseledamöter i ett aktiebolags styrelse är visserligen uppdragstagare, men omfattas inte av det civilrättsliga ansvaret enligt FHL (de kan dock ådra sig straffrättsligt ansvar). Detsamma gäller revisorer. Ansvar för dessa regleras istället av aktiebolagslagen (2005:551), 29 kap. 1 respektive 2 §§. Advokater omfattas däremot av 6 § FHL.¹³⁹

Utgångspunkten för bestämmelsen är att det finns ett avtalsrättsligt förhållande mellan parterna så till vida att det – uttryckligt eller underförstått – finns ett affärsmässigt samförstånd mellan dem.¹⁴⁰ Något bindande avtal mellan parterna krävs emellertid inte. En näringsidkare kan exempelvis under en *affärsförhandling* mottaga företagshemlig information på sådant sätt att ett förtroligt förhållande – d.v.s. tystnadsplikt – får anses föreligga.¹⁴¹ 6 § kan sålunda aktualiseras redan innan ett avtalsförhållande har uppstått.¹⁴² Tystnadsplikten kan framgå uttryckligen, exempelvis genom att ett särskilt sekretessavtal har ingåtts, men kan även framgå av omständigheterna (underförstådd sekretess).¹⁴³ Att tystnadsplikten kan vara underförstådd följer av allmänna avtalsrättsliga principer om lojalitet och tystnadsplikt.¹⁴⁴ I praxis tycks bedömningen av om tystnadsplikt ska anses föreligga underförstått sammanfalla med den bedömning som görs i samband med hemlighållanderekvisitet,¹⁴⁵ se ovan avsnitt 4.1.1.2.

¹³⁷ Tonell (2012a) s. 36. Mer ingående om principalansvaret, se Fahlbeck (2013) s. 438 f.

¹³⁸ FHL-P s. 42; Fahlbeck (2013) s. 427.

¹³⁹ LU30 s. 30 f; LU37 s. 33; Fahlbeck (2013) s. 250 f; Domeij (2016) s. 153.

¹⁴⁰ Fahlbeck (2013) s. 426.

¹⁴¹ FHL-P s. 43; Fahlbeck (2013) s. 431 f. Detta stämmer överens med den tystnadsplikt som gäller enligt allmänna avtalsrättsliga principer, se Nicander (1995) s. 32 och s. 46 f.

¹⁴² Se t.ex. NJA 1998 s. 633.

¹⁴³ FHL-P s. 43. Jmf Nicander (1995) s. 47.

¹⁴⁴ Se Nicander (1995) s. 31–38 samt Regné (2001) s. 713–720.

¹⁴⁵ Se NJA 1998 s. 633. Jmf Wainikka (2010) s. 75.

Tystnadsplikten kvarstår så länge företagshemligheten som sådan består; så länge ett röjande eller utnyttjande av den företagshemliga informationen medför eller riskerar att medföra skada för näringsidkaren kan ett missbruk av informationen föranleda skadestånd enligt bestämmelsen. Ansvar kan därmed aktualiseras även efter avtalets upphörande.¹⁴⁶

4.4.1.2 Ansvar för arbetstagare

Arbetstagares skadeståndsrättsliga ansvar för missbruk av arbetsgivares företagshemligheter framgår av 7 § FHL. Bestämmelsen gör skillnad mellan sådant missbruk som sker *under* anställningsförhållandet (första stycket) och sådant missbruk som sker *efter* anställningsförhållandet (andra stycket).

4.4.1.2.1 Missbruk under anställningen – 7 § första stycket

I arbetsrättsligt hänseende utgår FHL huvudsakligen från anställningsförhållandet och den arbetsrättsliga lojalitetsplikt som uppstår härigenom.¹⁴⁷ Brott mot lojalitetsplikten och därtill knuten tystnadsplikt beivras genom 7 § FHL, givet att förutsättningarna enligt stadgandet är uppfyllda.¹⁴⁸ För att ansvar enligt 7 § överhuvudtaget ska komma i fråga, krävs att det rör sig om en *arbetstagare* i lagens mening.¹⁴⁹ Till skillnad från vad som gäller enligt lagen (1982:80) om anställningsskydd, görs ingen begränsning av arbetstagarbegreppet. FHL omfattar således även exempelvis arbetstagare i företagsledande ställning. Däremot utgör inte bemanningsanställda arbetstagare hos det inhyrande företaget och kan därmed inte enligt 7 § bli ansvarig för missbruk av dennes företagshemligheter. Inte heller utgör dessa uppdragstagare på det sätt som avses i 6 § FHL. Dessa arbetstagare kan således inte bli ansvariga enligt FHL för missbruk av inhyrarföretagets företagshemligheter (förutsatt att dessa har

¹⁴⁶ FHL-P s. 43; Fahlbeck (2013) s. 434 f. Detta skiljer sig från vad som allmänt gäller enligt avtalsrätten, se Nicander (1995) s. 48. Avtalsfrihet gäller dock då bestämmelsen är dispositiv, se Tonell (2012a) s. 39. Jmf ansvaret för arbetstagare, avsnitt 4.4.1.2.

¹⁴⁷ Fahlbeck (2013) s. 445. Se exempelvis AD 1994 nr 79. Mer om lojalitetsplikten, se Fahlbeck (2013) kapitel 6 och Domeij (2016) kapitel 2.

¹⁴⁸ Fahlbeck (2013) s. 136. Angående vilka påföljder som kan komma i fråga vid brott mot lojalitetsplikten utanför FHL, se Nicander (1995) s. 41 f; Fahlbeck (2013) s. 472 ff.

¹⁴⁹ Wainikka (2010) s. 53. Om gränsdragningen mellan arbetstagare enligt 7 § och uppdragstagare enligt 6 §, se Wainikka (2010) s. 53 ff samt Fahlbeck (2013) s. 445 f.

lovlig tillgång till informationen, i annat fall är de straffrättsligt ansvariga enligt 3 eller 4 §§).¹⁵⁰ Ur företagshemlighetsperspektiv intar därmed bemanningsanställda ”en egendomlig mellanställning”, och befinner sig ”i stort sätt i ett rättsligt vakuum på den arbetsplats han/hon utför arbete”.¹⁵¹ Detsamma gäller franchiseanställda i förhållande till franchisegivaren.¹⁵²

För ansvar krävs som framgått att arbetstagaren varit i ond tro beträffande förbudet att utnyttja eller röja informationen. I likhet med bedömningen av underförstådd tystnadsplikt enligt 6 § FHL, sammanfaller bedömningen av arbetstagares onda tro med bedömningen av om näringsidkaren kan anses hålla den företagsspecifika informationen hemlig,¹⁵³ se avsnitt 4.1.1.2.

4.4.1.2.2 Missbruk efter anställningen – 7 § andra stycket

Lojalitetsplikten upphör i samband med att anställningen upphör. Utgångspunkten är därmed att arbetstagaren fritt kan utnyttja den yrkesskicklighet, erfarenhet och det kunnande som denne förvärvat under sin anställning, *även* till den del detta kunnande innefattar den f.d. arbetsgivarens företagshemliga information.¹⁵⁴ 7 § andra stycket FHL stadgar ett undantag till nämnda huvudregel. Bestämmelsen föreskriver ansvar för arbetstagare som efter anställningens upphörande gör sig skyldig till ett agerande av det slag som anges i första stycket, om det finns *synnerliga skäl*.

Synnerliga skäl föreligger om arbetstagaren ”på ett stötande sätt har missbrukat det förtroende som följer av anställningsförhållandet”.¹⁵⁵ Att kopiera information, överföra information till sig själv eller annars enbart ”inneha” företagshemlighet är som konstaterats inte otillåtet enligt FHL. Att göra detta innebär däremot enligt förarbetena att synnerliga skäl i regel föreligger vid efterföljande utnyttjande eller röjande. Detsamma gäller då

¹⁵⁰ Wainikka (2010) s. 55; Fahlbeck (2013) s. 446 f.

¹⁵¹ Fahlbeck (2013) s. 447. Mer om situationen då bemanningsanställda missbrakar inhyrarens företagshemligheter, se Fahlbeck (2013) s. 447 f samt s. 453 ff.

¹⁵² Fahlbeck (2013) s. 449.

¹⁵³ Wainikka (2010) s. 56.

¹⁵⁴ FHL-P s. 45 f; AD 2013 nr 24. Jmf kvardröjande tystnadsplikt i 6 §.

¹⁵⁵ FHL-P s. 46. Se också AD 2013 nr 24.

arbetstagaren har tagit anställning hos arbetsgivaren enbart i syfte att förvärva företagshemlig information. Förarbetena uttalar också att det faktum att arbetstagaren intagit en särskild förtroendeställning hos arbetsgivaren, exempelvis som VD, är en omständighet som i kombination med andra omständigheter kan tala för att synnerliga skäl föreligger. Även skadans storlek har viss relevans; synnerliga skäl föreligger inte om missbruket enbart i liten omfattning påverkar arbetsgivarens konkurrensförmåga.¹⁵⁶

I praxis har dock ansvar i princip varit förbehållet situationer då arbetstagaren har handlat illojalt under anställningen och genom insamling och överförande av information till sig själv och liknande förberett konkurrerande verksamhet.¹⁵⁷ Skadeaspekten har varit föremål för bedömning endast vid några få tillfällen.¹⁵⁸ Bedömningen har då fokuserat på om *konkurrensförmågan* kan anses ha påverkats negativt i tillräcklig omfattning. Huruvida det *ekonomiska värdet* av företagshemligheten ska tillmätas betydelse framgår inte av förarbetena. Rättspraxis tycks inte heller belysa frågan. I detta avseende skiljer sig svensk rätt från vad som generellt sett gäller i andra länder.¹⁵⁹

Eftersom 7 § är dispositiv kan arbetsgivare avtala med sina arbetstagare om ett mer långtgående sekretess än vad som följer av andra stycket.¹⁶⁰ Brott mot sekretessåtagande (explicit eller implicit) är ytterligare en omständighet som i doktrinen har ansetts medföra att synnerliga skäl föreligger.¹⁶¹ Detta synes också ha blivit bekräftat genom AD 2017 nr 12.

¹⁵⁶ FHL-P s. 46. Särskilt om förberedelser för konkurrerande verksamhet, se Domeij (2016) s. 189 ff.

¹⁵⁷ Domeij (2016) s. 200. Se t.ex. Svea hovrätt T 81/96, AD 1998 nr 80 och AD 2017 nr 12. Veterligen finns det endast ett rättsfall då arbetstagares *förtroendeställning* har aktualiserats (AD 2003 nr 110, ej refererat). Verkan av förtroendeställningen förtogs dock av att det var chefen som oinskränkt bestämde i företaget, omfattningen av den skada som uppkommit hos arbetsgivaren inte kunde klarläggas samt att arbetstagarna hade avskedats utan laga grund. Kanske är det därför rättsfallet inte har blivit refererat.

¹⁵⁸ Se AD 2013 nr 24 (synnerliga skäl förelåg), AD 2010 nr 27 (synnerliga skäl förelåg) och AD 2008 nr 59 (ej refererat, synnerliga skäl förelåg inte).

¹⁵⁹ Domeij (2016) s. 195.

¹⁶⁰ Fahlbeck (2013) s. 465. Inte sällan införs sekretess- eller konkurrensklausuler in i anställningsavtalen; se nedan avsnitt 4.4.1.3.

¹⁶¹ Ibid; Tonell (2012a) s. 49.

Sammanfattningsvis kan således konstateras att en arbetsgivares skydd för företagshemligheter i detta avseende i stort sett är begränsat i tiden. Arbetstagare har stora möjligheter att efter anställningen utnyttja sin vetskap om arbetsgivarens företagshemligheter. En arbetsgivare som behöver ett långtgående skydd för utnyttjande eller röjande av information måste således i princip uppnå detta avtalsvägen.

4.4.1.3 Konkurrensklausuler

Det förekommer att konkurrensförbud av varierande slag intas som biförpliktelse i affärsavtal mellan näringsidkare. Sådana konkurrensklausuler är vanligt förekommande vid bl.a. företagsöverlåtelser och licensgivning, och innebär att den ena parten åtar sig att under en viss tid inte bedriva konkurrerande verksamhet med medkontrahenteten. Ofta omfattas företagshemlig information. Ändamålet för sådana klausuler är att säkerställa att avtalets huvudsyfte till fullo kan uppnås.¹⁶² Konkurrensklausuler är som utgångspunkt tillåtna – jmf 38 § avtalslagen (1915:218) – men är, eftersom det är fråga om avtalsparter som är näringsidkare (fysisk eller juridisk), underkastade de begränsningar som följer av konkurrensrätten.¹⁶³ Konkurrensklausuler mellan näringsidkare som är märkbart konkurrensbegränsande är förbjudna och därmed även ogiltiga.¹⁶⁴ I avtalsrättsligt hänseende bedöms konkurrensklausuler mellan näringsidkare enligt 38 och 36 §§ avtalslagen.¹⁶⁵

Eftersom 7 § är dispositiv står det också arbetsgivare och arbetstagare fritt att, exempelvis genom intagande av sekretessklausul, avtala om tystnadsplikt som är mera långtgående än vad som gäller enligt bestämmelsen.¹⁶⁶ En sekretessklausul utesluter dock inte lagens tillämpning utan utgör ett komplement till denna; ansvar kan därigenom åberopas parallellt enligt FHL

¹⁶² Domeij (2016) s. 237; Fahlbeck (2013) s. 100 f, s. 105.

¹⁶³ Fahlbeck (2013) s. 103.

¹⁶⁴ 2 kap. 1 § resp. 2 kap. 6 § konkurrenslag (2008:57).

¹⁶⁵ Fahlbeck (2013) s. 107.

¹⁶⁶ FHL-P s. 44; Domeij (2016) s. 186. Tillämpningsområdet enligt FHL är dock tvingande. En arbetsgivare kan inte föreskriva sekretess för information som faller utanför 1-2 §§, Fahlbeck (2013) s. 292, SOU 2008:63 s. 93. Om sådana sekretessavtals *avtalsrättsliga* verkan, se Tonell (2012a) s. 61, Fahlbeck (2013) s. 292 f och Waerme (2009).

och på kontraktsrättslig grund.¹⁶⁷ Inte sällan innefattar anställningsavtal också en konkurrensklausul, genom vilken arbetstagaren förbjuds från att konkurrera med arbetsgivaren under en tid efter anställningens upphörande.¹⁶⁸ Avtalsfriheten är dock begränsad så till vida att arbetstagarens åtagande inte får gå utöver vad som är skäligt enligt 36 respektive 38 §§ avtalslagen (1915:218).¹⁶⁹ Avtalslagen innehåller ingen närmare reglering av konkurrensklausuler. Däremot finns ett kollektivavtal från 1969 som innehåller relativt utförliga bestämmelser om konkurrensklausulers tillåtlighet i anställningsavtal.¹⁷⁰ Detta avtal har sedan 1 december 2015 ersatts av ett nytt kollektivavtal.¹⁷¹ För avtalsbundna parter utgår skälighetsprövningen av konkurrensklausuler utifrån något av dessa kollektivavtal istället för 38 § avtalslagen.¹⁷²

4.4.1.4 Ansvar för övriga

Ansvar för övriga än avtalsparter och arbetstagare stadgas i 8 § FHL. Bestämmelsen ålägger skadeståndsansvar för tredje man som kommer i kontakt med annans företagshemlighet vilken angripits enligt FHL av annan än tredje mannen själv. Bestämmelsen avser således häleriliknande situationer.¹⁷³ Till skillnad från vad som gäller enligt 6–7 §§, bygger 8 § inte på att det finns något avtalsförhållande. Bestämmelsen i 8 § FHL omfattar *envar* som obehörigen utnyttjar eller röjer företagshemlighet som i ett tidigare led obehörigen har angripits.¹⁷⁴ Typfallet där bestämmelsen blir aktuell är när

¹⁶⁷ Fahlbeck (2013) s. 465 f; Tonell (2012a) s. 64 f. Se också Arbrandt & Skoog (2009) s. 26. Observera dock att förutsättningarna för ansvar och påföljderna skiljer sig mellan regelverken.

¹⁶⁸ Fahlbeck (2013) s. 146.

¹⁶⁹ FHL-P s. 46 f; Fahlbeck (2013) s. 465.

¹⁷⁰ ”Överenskommelsen 1969 angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i s.k. konkurrensklausuler i tjänsteavtal”. Avtalet avser tjänstemän.

¹⁷¹ ”Avtal 2015 om användning av konkurrensklausuler i anställningsavtal”. Samtliga klausuler som ingåtts innan ikraftträdandet av avtalet 2015 ska dock bedömas enligt avtalet 1969, se p. 10.

¹⁷² Domeij (2013) s. 274. Avtalet 2015 ska dock tillämpas av avtalsbunden arbetsgivare gentemot utanförstående arbetstagare, se avtalets p. 1.1 samt anmärkning 2 till ingressen. Om utanförstående arbetstagare i förhållande till avtalet 1969, se bl.a. Fahlbeck (2013) s. 150 f och Adlercreutz & Flodgren (1992) s. 64.

¹⁷³ Fahlbeck (2013) s. 322. Förangreppet kan ha skett enligt 3–4 §§ eller 6–7 §§ FHL.

¹⁷⁴ Fahlbeck (2013) s. 476. Jmf FHL-P s. 25. Förangreppet kan ha skett antingen i strid mot 3–4 §§ eller 6–7 §§ FHL.

en arbetstagare i samband med att denne avslutar sin anställning hos arbetsgivaren tar med sig företagshemlig information till sin nya arbetsgivare (eller ett nybildat bolag) och hos denna utnyttjar sagda information.¹⁷⁵

För ansvar krävs att näringsidkaren, i typfallet den nya arbetsgivaren, är i ond tro; näringsidkaren ska när denne har fått vetskap om informationen, ha insett eller bort inse att ifrågavarande information dels utgjort företagshemlighet (följer av 2 § tredje stycket; se avsnitt 4.3.1.2), dels att informationen obehörigen har angripits i ett tidigare led.¹⁷⁶ Den onda tron ska avse att förangreppet skett ”enligt denna lag” eller i strid med OSL. Eftersom brott mot sekretessåtagande synes utgöra synnerliga skäl enligt 7 § andra stycket kan slutsatsen dras att ett sådant avtalsbrott kan medföra att 8 § blir tillämplig.¹⁷⁷ Kravet medför emellertid att bemanningsanställdas och franchiseanställdas angrepp på företagshemligheter hos inhyrarföretaget respektive franchisegivaren inte kan aktualisera ansvar enligt 8 § för utomstående näringsidkare; dessa typer av uppdragstagare är aldrig ansvariga enligt *FHL*. Detsamma gäller styrelseledamöter och revisorer. Det finns således en påtaglig lucka i det skydd som svensk rätt tillhandahåller.¹⁷⁸

Hur insikten om förekomsten av ett förangrepp har uppkommit spelar däremot inte roll för tillämpning av 8 §. Inte heller krävs att det klagörs vem det är som är ansvarig för förangreppet.¹⁷⁹ En företagshemlighet kan också ”vandra i flera led”. Det föreligger inte ett krav på att den som angripit informationen också är den som överlämnat informationen till utnyttjande näringsidkare.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Fahlbeck (2013) s. 484 f. Se t.ex. AD 2013 nr 24 och RH 2002:61. Enbart ett innehav hos näringsidkaren är inte tillräckligt för att ett utnyttjande har skett, se ovan avsnitt 4.2.1.1.

¹⁷⁶ Fahlbeck (2013) s. 483, s. 483 f. Se t.ex. AD 2010 nr 7 (ej refererat) där skadestånd inte kunde utdömas p.g.a. avsaknad av ond tro om förangreppet. Ond tro kan exempelvis föreligga i enlighet med resonemanget om kunskapsidentitet, se Fahlbeck (2013) s. 484, s. 374 f och avsnitt 4.2.1.2. Se även *FHL-P* s. 48 samt AD 2011 nr 11.

¹⁷⁷ Se Fahlbeck (2013) s. 465 f, s. 485.

¹⁷⁸ Fahlbeck (2013) s. 481, s. 486 f.

¹⁷⁹ LU30 s. 44; Fahlbeck (2013) s. 481. Se exempelvis Svea hovrätt T 81/96, och RH 2002:61.

¹⁸⁰ Fahlbeck (2013) s. 482; AD 2010 nr 7 (ej refererat). Se också t.ex. LU30 s. 44.

4.4.2 EU-direktivet

Direktivets artikel 4 föreskriver skadeståndsansvar för *envar* som kommer i kontakt med företagshemlighet hos näringsidkaren. Detta innebär en stor förändring för svensk rätt, både i materiellt avseende och vad gäller regleringens systematik. Att direktivet riktar sig till *envar* innebär att även bemannings- eller franchiseanställda, styrelseledamöter och revisorer kan bli ansvariga enligt regleringen.¹⁸¹ Därmed avhjälpas vad som har ansetts utgöra en lucka i den svenska lagstiftningen. Någon kategorisering av den personkrets vilken kan bli ansvarig för angrepp på sådant sätt som görs i 6–8 §§ FHL görs alltså inte. Däremot framhålls i artikel 4.3 b) och c) att ett utnyttjande eller röjande i strid mot sekretessavtal, avtalsförpliktelse eller annan skyldighet att begränsa utnyttjandet av eller att inte röja företagshemlighet, kan utgöra olagligt angrepp. Bestämmelserna förefaller inte innebära några nyheter för svensk del. De ska sannolikt endast ses som ett förtydligande. Detta synes också innebära ett förtydligande av att sekretessavtal ska ses som ett *komplement* till lagstiftningen och inte att ett sådant avtal utesluter dess tillämpning. Artikel 4.3 b) innebär därutöver att sekretessklausuler som utgångspunkt får anses vara tillåtna, men i vilken omfattning är oklart.¹⁸²

Artikel 4.4 stadgar, i likhet med 8 § FHL, att ett anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemlighet är olagligt om personen ifråga vid tidpunkten för angreppet kände till eller borde ha känt till att företagshemligheten, direkt eller indirekt, hade erhållits från en annan person som olagligen hade utnyttjat eller röjt företagshemligheten. Bestämmelsen synes till övervägande del överensstämma med 8 § FHL. Exempelvis synes brott mot sekretessåtagande aktualisera ansvar enligt artikel 4.4. Formuleringen ”direkt eller indirekt” indikerar också att informationen kan vandra i flera led, och att hur vetskap uppkommit om förangreppet är oväsentligt. Eftersom bemanningsanställda m.m. omfattas av direktivets ansvarsgrund, kan tredje part som mottar

¹⁸¹ Fahlbeck PM p. 3, s. 10; Fahlbeck (2016).

¹⁸² Fahlbeck PM p. 5, s. 9.

information som angripits av sådan person åläggas ansvar vid efterföljande utnyttjande eller röjande. Därmed avhjälpes också den brist som regleringen i FHL har ansetts innebära i och med kravet på förangrepp ”enligt denna lag”.

Den största förändringen i ansvarshänseende är dock att ansvar aktualiseras för den som i ond tro producerar intrångsgörande varor (”smittat gods”), utbjuder dem till försäljning eller släpper ut dem på marknaden, eller importerar, exporterar eller lagrar intrångsgörande varor för dessa syften.¹⁸³ Bestämmelsen innebär att all slags befattning med intrångsgörande varor utgör ett utnyttjande. Ansvar kan därmed också aktualiseras för ondtröende tredje part som i ett senare led mottager företagshemlighet som olagligen har angripits. Detta gäller även då smittat gods ingår i varor i ett senare led än angripandet.¹⁸⁴ Kretsen av personer som kan bli ansvariga för angrepp mot företagshemlighet enligt direktivet är således omfattande. Exempelvis kan importörer och distributörer oavsett nivå i leveranskedjan göras ansvariga om de visste eller borde ha vetat att design, funktion, egenskaper, tillverkning eller marknadsföring avsevärt har gynnats av en företagshemlighet som olagligen har angripits.¹⁸⁵ Bestämmelsen tar sikte på fysiska föremål, ”varor”/”gods”. Det skulle kunna argumenteras för att bestämmelsen ska vara tillämplig även då föremålet är av immateriell beskaffenhet, exempelvis idéer, FoU och marknadsföringsmetoder – förutsatt att dessa utgör företagshemligheter – även om direktivet inte synes ge något uttrycklig stöd för detta.¹⁸⁶

En viktig fråga i förhållande till direktivet är också i vilken mån arbetstagare är bundna av sekretess *efter* anställningens upphörande. Utgångspunkten enligt svensk rätt är som framgått att arbetstagaren efter anställningen har möjlighet att använda all den kunskap och erfarenhet denne förvärvat under anställningen, även till den del denna kunskap innefattar (memorerade)

¹⁸³ Artikel 4.5. Begreppet ”smittat gods” myntat av Fahlbeck, se Fahlbeck PM p. 5, s. 10.

¹⁸⁴ Fahlbeck PM p. 5, s. 10.

¹⁸⁵ Domeij (2016) s. 173 f.

¹⁸⁶ Se Fahlbeck PM p. 5, s. 10.

företagshemligheter. Detta är speciellt ur ett internationellt perspektiv.¹⁸⁷ Direktivet stadgar att arbetstagares rörlighet inte ska begränsas och därmed inte heller utgöra grund för att begränsa arbetstagares användning av erfarenhet och färdigheter som förvärvats hederligt under dennes normala yrkesutövning.¹⁸⁸ I en tidigare version av direktivförslaget undantogs inte bara yrkesskicklighet, utan all *information* som på ett hederligt sätt erhållits av arbetstagaren p.g.a. sin tidigare anställning (d.v.s. motsvarande det svenska rättsläget). Domeij gör gällande att anledningen till att detta ströks i efterföljande direktivförslag, synes vara att detta inte stämde överens med vad som gäller i andra medlemsländer. I exempelvis engelsk rätt åtnjuter tillräckligt känslig information skydd utan tidsbegränsning; arbetstagare får sålunda inte använda sådan information efter anställningens upphörande även om denna förvärvats på ett hederligt sätt. Genom att stryka ordet ”information” synes intentionen enligt Domeij vara att vissa särskilt viktiga företagshemligheter ska kunna skyddas även efter det att arbetstagaren lämnat sin anställning, oavsett om arbetstagaren förvärvat sina kunskaper om informationen på ett lojalt sätt. Den svenska lagstiftaren måste i sådana fall ta ställning till om 7 § andra stycket kan anses skydda sådan särskilt värdefull företagshemlig information. Det är osäkert om bestämmelsen kan anses göra det, då ”synnerliga skäl” i rättspraxis i stort sett enbart har ansetts föreligga då arbetstagaren handlat på ett illojalt sätt under anställningen, d.v.s. har förberett konkurrerande verksamhet under tiden arbetstagaren fortfarande var anställd hos arbetsgivare. Informationens ekonomiska värde har i princip inte tillmätts betydelse. Om direktivet ska tolkas på nämnda sätt kommer sannolikt den svenska regleringen behöva ändras.¹⁸⁹

Slutligen ska direktivet enligt artikel 1.3 c) inte införa ytterligare begränsningar för arbetstagare i deras anställningsavtal utöver sådana som följer av unionsrätt eller nationell rätt. Direktivet påverkar inte heller arbetsmarknadsparternas självständighet eller deras möjlighet att ingå

¹⁸⁷ Domeij (2016) s. 197.

¹⁸⁸ Artikel 1.3 b).

¹⁸⁹ Domeij (2016) s. 197–201.

kollektivavtal.¹⁹⁰ Detta innebär att det är svensk rätt som även fortsättningsvis gäller beträffande tillåtligheten av konkurrensklausuler i anställningsavtal. Varken den praxis som har utvecklats i Arbetsdomstolen eller de två kollektivavtal som gäller på området påverkas av direktivet. Fahlbeck uttalar att det framstår som besynnerligt att en ”så central företeelse i konkurrensrättsligt hänseende inom arbetslivet fortfarande överlämnas till nationell rätt”.¹⁹¹ Varför konkurrensklausuler inte regleras förklaras dock inte. Inte heller medför direktivet några förändringar beträffande konkurrensklausuler i affärsförhållanden. Direktivet ska inte påverka tillämpning av konkurrensregler.¹⁹²

4.5 Skadestånd

4.5.1 FHL

Skadeståndet vid angrepp i strid mot FHL regleras av 9 § FHL. Utgångspunkten är att skadeståndet ska ha en reparativ funktion; den skada som har uppkommit ska ersättas.¹⁹³ Även skada av rent ideell art ersätts. Vid bestämmandet av skadeståndet ska nämligen även hänsyn tas till intresset av att hemligheten inte obehörigen utnyttjas eller röjs samt till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse (ideellt skadestånd).

En hållpunkt för skadeståndsberäkningen är att skadeståndet inte ska vara så lågt att det blir ekonomiskt lönsammare att utnyttja annans företagshemliga information än att förvärva informationen på ett legitimt sätt.¹⁹⁴ En minimiersättning, exempelvis i form av skäligt vederlag för utnyttjande – fiktiv licensavgift – avfärdas därför i motiven till FHL.¹⁹⁵ Tanken är således att högre skadeståndsbelopp ska kunna utdömas än vad det hade kostat att

¹⁹⁰ Artikel 1. 2 d).

¹⁹¹ Fahlbeck (2016).

¹⁹² Skäl 38.

¹⁹³ FHL-P s. 49. Skadan måste dock vara ersättningsgill, se avsnitt 4.1.1.1.

¹⁹⁴ FHL-P s. 49.

¹⁹⁵ FHL-P s. 26; Tonell (2012a) s. 107 f.

licensiera företagshemligheten. I detta avseende har skadeståndet även en preventiv funktion.¹⁹⁶

Det ankommer på den skadelidande att frambringa bevisning om skadans storlek. Det har emellertid visat sig vara en utmaning i företagshemlighetstvister att bevisa den skada som angripen näringsidkare anser sig ha lidit till följd av ett missbruk.¹⁹⁷ Även förarbetena framhåller att detta kan vara en mycket svår uppgift. Förarbetena anger därför vissa faktorer för att kunna uppskatta skadan. Omständigheter som har betydelse för skadeståndets bestämmande är exempelvis vilken typ av företagshemlighet det rör sig om, angreppets omfattning, om den skadelidande har en underlägsen ställning i förhållande till angriparen och den skadelidandes uteblivna vinst.¹⁹⁸ Uppsåtliga eller grovt oaktsamma angrepp ska föranleda högre skadeståndsbelopp än gärningar vilka framstår som mindre allvarliga.¹⁹⁹ Även andra omständigheter kan beaktas. Förarbetena framhåller att det i vissa fall kan vara svårt att bedöma den skadelidandes uteblivna vinst och att skadeståndet då kan bestämmas utifrån skadevållarens vinst²⁰⁰ eller annars ”med beaktande av den skadelidandes intresse generellt sett av att uppgiften inte blir allmänt känd”.²⁰¹

35 kap. 5§ RB innehåller en bevislätnadsregel när full bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan föras. I sådana fall får rätten ex officio uppskatta skadan till skäligt belopp. Tanken är dock att bestämmelsen inte ska tillämpas i situationer som rör skadestånd enligt FHL eftersom denna normalt leder till ersättningsbelopp som inte täcker den verkliga skadan. Motiven till FHL framhåller vikten av att ”skadeståndet blir en verkligt effektiv sanktion”.²⁰² De omständigheter som räknats upp ovan ska därför

¹⁹⁶ Fahlbeck (2013) s. 491 f.

¹⁹⁷ Tonell (2012a) s. 106.

¹⁹⁸ FHL-P s. 49 f; Tonell (2012a) s. 108 f. I praxis om utebliven vinst, se t.ex. AD 2009 nr 38.

¹⁹⁹ FHL-P s. 49.

²⁰⁰ Se t.ex. RH 2002:11.

²⁰¹ FHL-P s. 49. Mer om beräkningsgrunderna och hur dessa tillämpats i praxis, se Fahlbeck (2013) s. 497 ff och s. 503 ff. Se också Domeij (2016) s. 208–218.

²⁰² FHL-P s. 26.

normalt anses vara tillräckliga för bestämmande av skadeståndet, särskilt med hänsyn till att skadeståndet genom utdömmande av ideellt skadestånd kan sättas i relation även till andra faktorer än rent ekonomiska.²⁰³ Trots detta har bestämmelsen använts i praxis.²⁰⁴ Detta har också medfört att de skadestånd som har utdömts har varit påtagligt låga. Praxis stämmer i detta avseende inte överens med lagstiftarens intentioner.²⁰⁵

Även utan tillämpning av 35 kap. 5 § RB synes domstolarna döma ut lägre skadeståndsbelopp än vad lagstiftaren har avsett. I exempelvis NJA 1998 s. 633 godtogs inte kärandens uppskattade intäktsförlust som beräkningsgrund då denna grundade sig på för många osäkra faktorer. Istället beräknades den ekonomiska skadan utifrån vilka *kostnadsbesparingar* som svaranden gjort till följd av angreppet.²⁰⁶ HD konstaterade visserligen att om skadeståndet enbart skulle avse kostnadsbesparingar skulle den angripnes intresse av skydd mot angrepp inte bli tillgodosett, varför det utdömda skadeståndet efter en samlad bedömning uppgick till 2 miljoner kronor. Detta belopp uppgick emellertid inte ens till vad käranden, utan anmärkning från HD, påstod sig ha lagt ned på projektet. Inte heller synes domstolen i detta fall ha tagit hänsyn till vare sig omständigheten att den skadelidande näringsidkaren haft en underlägsen ställning i förhållande till angriparen eller att uppsåtliga eller grovt oaktsamma angrepp ska föranleda större skadeståndsbelopp.²⁰⁷

9 § FHL anger som konstaterats att även ideellt skadestånd kan utdömas. Eftersom 9 § även tar hänsyn till annat än ekonomisk skada kan bestämmelsen sägas innebära en bevislättning. I de fall bevisningen om den faktiska skadan brister, kan således ideellt skadestånd utdömas.²⁰⁸ För att ideellt skadestånd ska utgå krävs dock ett särskilt framställt yrkande om detta.²⁰⁹ Några riktlinjer

²⁰³ Ibid; Fahlbeck (2013) s. 500.

²⁰⁴ Se bl.a. Svea hovrätt T 81/96, RH 2002:61, AD 1998 nr 80, AD 2011 nr 11 och AD 2017 nr 12.

²⁰⁵ Fahlbeck (2013) s. 506 f. Se också Stenberg (2009) s. 435 f samt Bengtsson & Kahn (2002) s. 45 f.

²⁰⁶ Se också AD 2017 nr 12 där denna beräkningsmetod bekräftades.

²⁰⁷ Fahlbeck (2013) s. 507 f. Se även Stenberg (2009) s. 436 ff.

²⁰⁸ Jmf FHL-P s. 26. Se exempelvis AD 2006 nr 49 där ekonomisk skada inte kunde bevisas, varför ideellt skadestånd istället utdömdes om 150 000 kr.

²⁰⁹ Se t.ex. AD 2011 nr 11; Koch (2001) s. 161. Jmf AD 2013 nr 24.

för bedömningen av ideellt skadestånd har inte utvecklats i praxis. Bedömningen synes vara skönsmässig.²¹⁰ Även när endast sådant skadestånd tillerkänns förefaller utdömda belopp vara låga.²¹¹ Fahlbeck påpekar dock att skadeståndsbeloppen synes ha blivit högre på senare tid, särskilt beträffande ideella skadestånd.²¹²

Mot bakgrund av lagstiftarens intentioner och att de skadestånd som dömts ut i praxis framstår som påtagligt låga har det hävdats att en minimibestämmelse i form av just fiktiv licensavgift borde införas, med bibehållen möjlighet att tillerkännas dels ekonomiskt skadestånd i den mån skada därutöver styrks, dels ideellt skadestånd.²¹³

9 § andra stycket innehåller en möjlighet att jämka utdömt skadestånd och är främst avsedd att tillämpas i förhållande till arbetstagare. Denna har dock aldrig tillämpats i praxis och kommer sannolikt inte heller att göra det i framtiden.²¹⁴

10 § FHL reglerar skadeståndspreskription. Enligt bestämmelsen kan talan om skadestånd endast avse skada som uppkommit under de fem senaste åren innan talan väcktes.²¹⁵ När ekonomisk skada är preskriberad torde dock ideellt skadestånd kunna utgå.²¹⁶

4.5.2 EU-direktivet

Artikel 14 anger att den som i ond tro olagligen anskaffar, utnyttjar eller röjer företagshemlighet ska betala ett skadestånd som är skäligt i förhållande till den faktiska skada som uppstått till följd av angreppet. Direktivet framhåller

²¹⁰ Fahlbeck (2013) s. 501. I Svea hovrätt T 81/96 fick dock den angripnes intresse av sekretess, angreppets omfattning och graden av oaktsamhet betydelse.

²¹¹ Se Stenberg (2009) s. 438 f.

²¹² Fahlbeck (2013) s. 508.

²¹³ Stenberg (2009) s. 439 ff.

²¹⁴ Fahlbeck (2013) s. 503.

²¹⁵ När preskriptionstiden börjar löpa, hur preskriptionsavbrott sker och bestämmelsens förhållande till preskriptionslagen (1981:130) behandlas i Tonell (2012a) s. 117–124 samt Tonell (2012b).

²¹⁶ Fahlbeck (2013) s. 495 f.

precis som svensk rätt att skadeståndet ska vara reparativt.²¹⁷ I fråga om val av beräkningsmetod synes direktivet i huvudsak motsvara de beräkningsmetoder som tillåts enligt FHL.²¹⁸ Även direktivet medger möjlighet till ideellt skadestånd.

En nyhet i förhållande till svensk rätt är dock att skadeståndet, som ett alternativ till nämnda skadeståndsberäkning, kan fastställas till ett engångsbelopp på grundval av omständigheter som *åtminstone* summan av de royalties eller avgifter som skulle ha debiterats om intrångsgöraren hade begärt tillstånd att utnyttja aktuell företagshemlighet.²¹⁹ Direktivet anger att bestämmelsen kan användas i situationer då det är svårt att uppskatta den faktiska skadans storlek, exempelvis vid företagshemligheter av immateriellt slag.²²⁰ Ändamålet med den alternativa metoden är inte att föreskriva straffskadestånd,²²¹ utan att säkerställa ersättning som grundar sig på ett objektiva kriterium samtidigt som hänsyn tas till de faktiska kostnader som den legitima innehavaren av företagshemligheten har haft, exempelvis för identifiering och forskning.²²² Som framgått avfärdades en sådan lösning i motiven till FHL. Så som praxis har utvecklats, är emellertid de skadeståndsbelopp som utdöms alltför låga och motsvarar ofta inte ens den verkliga skada som har uppstått, trots att lagstiftarens intentioner varit det motsatta. Detta måste uppfattas som en stor brist i det svenska skyddet för företagshemligheter. Genom bestämmelsen har direktivet enligt min uppfattning stor potential att komma till rätta med denna brist. Bestämmelsen tycks i stort sett vara en motsvarighet till vad som har efterfrågats i den svenska doktrinen; direktivet synes föreskriva en minimiersättning i form av en fiktiv licensavgift, med möjlighet till ytterligare ersättning för exempelvis ideell skada, i de fall det är svårt att fastställa den verkliga skadan. Det av domstolarna uppfattade behovet av 35. kap 5 § RB förefaller därmed falla bort.

²¹⁷ Se också skäl 30.

²¹⁸ Se artikel 4.2 första stycket. Jmf Fahlbeck (2016); Domeij (2016) s. 210.

²¹⁹ Artikel 14.2 andra stycket.

²²⁰ Skäl 30.

²²¹ Jmf Bengtsson & Kahn (2002) s. 45 f.

²²² Skäl 30.

Direktivets artikel 14.1 andra stycket föreskriver en möjlighet till jämkning av skadeståndsansvar för arbetstagare i fall då denne handlar utan uppsåt. Bestämmelsen förefaller inte innebära någon förändring för svensk rätt.

Ansvar för olagliga angrepp preskriberas enligt artikel 8.2 efter sex år. Preskriptionstiden får varken vara kortare (minimidirektiv) eller vara längre än denna tidsperiod. Preskriptionstiden i FHL måste därmed förlängas med ett år. Dessutom anges i artikel 8.1 andra stycket att det av bestämmelsen om preskription måste framgå när preskriptionstiden börjar löpa och under vilka omständigheter preskriptionstiden avbryts eller tillfälligt upphör att löpa. Dagens reglering innehåller inte någon sådan uttrycklig bestämmelse och måste därmed ändras.

4.6 Förbud och andra åtgärder, slutligt och interimistiskt

4.6.1 FHL

Den som obehörigen har angripit en företagshemlighet kan enligt 11 § FHL vid vite förbjudas från att utnyttja eller röja företagshemligheten (*slutligt* vitesförbud).²²³ Detta gäller såväl fysisk som juridisk person. Förbud kan också riktas mot flera personer, oavsett i vilket led dessa har angripit informationen.²²⁴ Bestämmelsen kompletteras av viteslagen och rättegångsbalken.

Vitesförbud kan också meddelas *interimistiskt* enligt 13 § FHL, om den sökande visar sannolika skäl för att en företagshemlighet har angripits enligt lagen och det skäligen kan befaras att svaranden genom att fortsätta angreppet förringar värdet av företagshemligheten. Käranden måste sålunda först och främst göra det sannolikt att samtliga av rekvisiten i 1–2 §§ FHL är uppfyllda, samt att ansvar enligt någon av 6–8 §§ FHL är för handen. Vad som utgör

²²³ Sådant vite är offentlighetsrättsligt och tillfaller därmed staten. Den skadelidande kompenseras endast med möjligheten att kräva skadestånd, Tonell (2012a) s. 124 f.

²²⁴ FHL-P s. 28, s. 51; Fahlbeck (2013) s. 517.

sannolika skäl har inte bekräftats av högre instans. Bedömningen måste göras i det enskilda fallet. Bengtsson och Arndt konstaterar dock vid en genomgång av underrättspraxis att sannolika skäl har befunnits föreligga då svaranden exempelvis haft kontakt med kändans kunder, kopierat kändans datorfiler och kundregister, skickat filer om företaget till sin privata e-postadress, avlägsnat pärmar med kundinformation eller då svarandens marknadsföringsutskick har haft likadana stavfel som kändans företagshemliga information.²²⁵ Vidare krävs som framgått att det skäligen kan befaras att ett fortsatt angrepp förringar värdet av företagshemligheten (sabotagerisk). Till exempel kan det finnas en risk att informationen blir allmänt känd och därmed förlorar sitt skydd.²²⁶

Genom NJA 1993 s. 182 har HD uttalat att en proportionalitetsprincip gäller vid beslut om interimistiska åtgärder.²²⁷ Domstolarna måste pröva om sökandens intresse av interimistiskt förbud överväger den olägenhet som svaranden eller tredje part drabbas av genom ett sådant förbud. Hur prövningen närmre ska gå till är dock inte fastlagt.²²⁸ Slutligen kompletteras bestämmelsen av 15 kap. 5–8 §§ RB.²²⁹ Normalt krävs därför att sökanden ställer säkerhet för den skada som motparten riskerar att tillfogas. En talan om interimistiskt förbud emellertid måste föras i samband med talan om slutligt förbud.²³⁰

Enligt 14 § FHL kan den som angripit företagshemligheter enligt lagen föreläggas att till legitim innehavare överlämna en handling eller ett föremål som denne har i sin besittning. Om det finns skäl kan domstol förordna att överlämnandet ska ske mot lösen. Förarbetena uttalar att "[d]etta kan bli aktuellt om någon exempelvis har byggt upp en prototyp och denna skulle

²²⁵ Bengtsson & Arndt (2008) s. 243 ff.

²²⁶ Bengtsson & Arndt (2008) s. 248; Fahlbeck (2013) s. 525.

²²⁷ Senare även bekräftat i NJA 1995 s. 631.

²²⁸ Se Bengtsson & Arndt (2008) s. 245 f.

²²⁹ Exempelvis kan interimistiskt vitesförbud meddelas utan motpartens hörande, 15 kap. 5 § tredje stycket RB.

²³⁰ NJA 2000 s. 435, "Den som vill få till stånd ett interimistiskt vitesförbud enligt 13 § måste [...] inleda med att väcka talan enligt 11§." Jmf 15 kap. 7 § RB.

vara av värde för den som har utsatts för angreppet”.²³¹ Om överlämnande inte kan ske utan olägenhet kan domstolen istället förordna att handlingen eller föremålet ska förstöras eller ändras eller utsättas för annan åtgärd som är ägnad att förebygga missbruk. Inlösen, förstöring o.dyl. kan inte förordnas interimistiskt enligt FHL. Däremot kan domstolen besluta om *civilrättsligt beslag* i enlighet med 15 kap. 3 § rättegångsbalken.²³² Enligt bestämmelsen kan t.ex. en handling innehållandes företagshemlig information tas i förvar för att säkerställa ett anspråk, t.ex. på att den ska förstöras. Denna möjlighet har tillämpats i flera processer beträffande företagshemligheter.²³³ I praxis har det också förekommit att domstol med stöd av bestämmelsen har meddelat beslut om att påstådda företagshemligheter ska överlämnas *till sökanden* eller att sökanden annars ska ges möjlighet att undersöka aktuellt material.²³⁴ Eftersom beslag i enlighet 15 kap 5 § tredje stycket RB kan meddelas utan motparts hörande – *ex parte* – kan säkerhetsåtgärden därför även vara värdefull ur *bevissäkringssynpunkt*.²³⁵

Säkerhetsåtgärderna i 11–14 §§ FHL förutsätter alltså att ett *angrepp* har skett enligt FHL. Detta innebär för det första att bemanningsanställda, franchiseanställda, styrelseledamöter och revisorer, eller utomstående näringsidkare som mottager information från någon av dessa personkategorier, inte kan bli föremål för vitesförbud m.m. enligt FHL. För det andra innebär detta att vitesförbud inte kan meddelas vid olovligt innehav av företagshemlighet eftersom detta inte utgör ett utnyttjande eller röjande enligt lagen. I exempelvis AD 2015 nr 39 uttalades att förberedelser för konkurrens inte konstituerar obehörigt angrepp och vitesförbud kunde därför inte utdömas. Ett förbud att utnyttja företagshemlighet förutsätter alltså att ett utnyttjande *de facto* redan har skett.²³⁶ Bestämmelserna är således endast verkningsfulla vid försök att begränsa redan uppkommen skada samt för att

²³¹ FHL-P s. 53.

²³² Bengtsson & Arndt (2008) s. 248 f.

²³³ Se Bengtsson & Arndt (2008) s. 249 och där angiven underrättspraxis.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Bengtsson & Arndt (2008) s. 251. Se också Bengtsson & Kahn (2005) s. 34.

²³⁶ Fahlbeck (2013) s. 363 f; Domeij (2016) s. 164.

förhindra ytterligare skada.²³⁷ De säkerhetsåtgärder som erbjuds i FHL har ingen preventiv funktion. Av denna anledning gör Fahlbeck gällande att ett innehav – genom vilket en näringsidkare kan utnyttja informationen internt på ett planeringsstadium – ska anses utgöra ett utnyttjande i vart fall vid tillämpning av nämnda paragrafer. Det finns dock bara två fall av underrättspraxis som ger stöd för ett sådant resonemang (två fall från Örebro tingsrätt).²³⁸ Någon möjlighet till vitesförbud redan vid försök och förberedelse till angrepp, motsvarande vad som gäller i immaterialrätten, finns inte enligt FHL.²³⁹

En talan om interimistiskt vitesförbud kan däremot föras även i enlighet med 15 kap. 3 § RB. En sådan talan synes kunna föras självständigt.²⁴⁰ Slutlig talan ska då väckas inom en månad från det interimistiska beslutet.²⁴¹ Bestämmelsen i 15 kap. 3 § RB förutsätter inte att ett förangrepp har skett. Preventivt vitesförbud kan därför meddelas. Beslut enligt denna bestämmelse torde emellertid, till skillnad från FHL, inte kunna meddelas interimistiskt då själva yrkandet enbart avser förbud.²⁴² Sålunda är inte heller denna bestämmelse ideal för att på ett effektivt sätt stoppa ett stundande angrepp på företagshemlighet.

Tillämpning av säkerhetsåtgärderna i 11–14 §§ fordrar också att aktuell information är hemlig och inte genom angreppet, den efterföljande rättegången eller på annat sätt har blivit allmänt tillgänglig. För att förbud mot fortsatt angrepp eller överlämnande etc. ska kunna utfärdas förutsätts således att även den som angriper företagshemligheten behandlar denna som företagshemlig. Om ändamålet med ett meddelat vitesförbud har förlorat sin betydelse ska därmed förbudet på begäran av den förpliktade upphävas i enlighet med 12 § FHL.²⁴³

²³⁷ Jmf Bengtsson & Arndt (2008) s. 241.

²³⁸ Se Örebro tingsrätt, T 280-04 och T3885-04.

²³⁹ Fahlbeck (2013) s. 363 ff.

²⁴⁰ Bengtsson & Arndt (2008) s. 241 f.

²⁴¹ 15 kap. 7 § rättegångsbalken.

²⁴² SOU 1983:52 s. 279; Fahlbeck (2013) s. 513 f.

²⁴³ FHL-P s. 28 f; Fahlbeck (2013) s. 516.

4.6.2 EU-direktivet

Vilka *slutliga åtgärder* som kan komma i fråga vid olagligt angrepp på företagshemligheter framgår av direktivets artikel 12. Artikel 12.1 a) anger att intrångsgöraren kan föreläggas att upphöra med, eller förbjudas från att utnyttja eller röja företagshemligheten. Domstolen kan också enligt artikel 12.1 b) utfärda förbud mot att producera intrångsgörande varor, utbjuda dem till försäljning, släppa ut dem på marknaden eller använda dem, eller mot att importera, exportera eller lagra intrångsgörande varor i sådana syften. Detta innebär att all typ av produktion och distribution av varor som i något avseende, må det vara design, funktion eller marknadsföring, väsentligen dragit fördel av olagligen angripen företagshemlighet kan stoppas.²⁴⁴ Utöver ett sådant förbud kan domstolen besluta om andra ”lämpliga korrigeringsåtgärder” avseende de intrångsgörande varorna enligt artikel 12.1 c). Sådana lämpliga korrigeringsåtgärder ska inbegripa återkallande av de intrångsgörande varorna från marknaden, undanröjande av varornas intrångsgörande karaktär och förstöring av varorna eller om det är lämpligt, tillbakadragande från marknaden förutsatt att tillbakadragandet inte undergräver skyddet för den berörda företagshemligheten.²⁴⁵ Om den legitima innehavaren begär det, ska domstolen enligt artikel 12.3 när denna beslutar om tillbakadragande av de intrångsgörande varorna också besluta att varorna ska överlämnas till antingen den legitima innehavaren eller till välgörenhetsorganisation. Domstolen kan också besluta om förstöring eller överlämnande, helt eller delvis, av handlingar, föremål, material, ämnen eller elektroniska filer som innehåller eller utgör företagshemligheten enligt artikel 12.1 d). Förbud i enlighet med artikel 12.1 a) och b) kan tidsbegränsas, men i sådana fall måste dess varaktighet vara tillräcklig för att undanröja eventuella kommersiella eller ekonomiska fördelar som intrångsgöraren vunnit genom det olagliga angreppet.²⁴⁶ Samtliga åtgärder kan enligt artikel 16 förenas med vite.

²⁴⁴ Domeij (2016) s. 173.

²⁴⁵ Artikel 12.2.

²⁴⁶ Artikel 13. 1 andra stycket.

De åtgärder som kan komma ifråga överensstämmer således till viss del med FHL. Dock utvidgas åtgärdsalternativen då direktivet inför bestämmelser om intrångsgörande varor vilka saknar motsvarighet i svensk rätt. Dessutom klargörs att ett överlämnande ska kunna ske inte bara beträffande handling eller föremål utan även vad gäller material, ämnen och elektroniska filer. Artikel 12.4 anger också att åtgärder enligt art 12.1 c) och d) – korrigeringsåtgärder avseende intrångsgörande varor och förstöring av handling, föremål etc – ska vidtas på intrångsgörarens bekostnad om inte särskilda skäl talar mot det. Detta synes innebära att ett beslut om överlämnande mot inlösen endast undantagsvis kan komma ifråga; detta går utöver den svenska regleringen då inlösen enligt FHL ska ske ”om det finns skäl för det”. Att åtgärderna vidtas på bekostnad av intrångsgöraren ska dock inte påverka det skadestånd som den skadelidande har rätt till p.g.a. det olagliga angreppet.

Som konstaterats synes en person som utnyttjar eller röjer information *i ett senare led* kunna bli föremål för förbud och korrigeringsåtgärder, trots att denna är i god tro vid utnyttjandet eller röjandet. Eftersom direktivet föreskriver långtgående förbud och korrigeringsåtgärder för den som angriper en företagshemlighet, ska det dock enligt artikel 13.3 vara möjligt att på begäran av svaranden, i situationer där åtgärderna skulle innebära oproportionerlig skada för denne, istället utdöma ”rimligen tillfredsställande” ersättning.²⁴⁷ Ersättningen får som maximum motsvara de royalties eller avgifter som skulle ha debiterats om personen hade fått tillstånd att utnyttja företagshemligheten, under den tidsperiod som utnyttjandet kunde ha förbjudits.²⁴⁸ Direktivet synes således föreskriva en sorts ”tvångslicensiering” för person som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet utan att inse eller bort ha insett att informationen tillhandahållits från någon annan som olagligen har angripit informationen. Tvångslicensen omfattar dock inte en rätt att röja informationen.²⁴⁹ Detta innebär en väsentlig förändring av svensk

²⁴⁷ Se också skäl 29.

²⁴⁸ D.v.s. endast så länge företagshemligheten förblir hemlig.

²⁴⁹ Fahlbeck PM p. 8, s. 10. Jmf artikel 10.2.

rätt; FHL tillåter inte någon sådan tvångslicensiering. Det ska dock märkas att denna typ av tvångslicens inte innebär ett försämrat skydd för legitim innehavare; tvärtom innebär bestämmelsen en förstärkning av dennes skydd. Förvärv i god tro kan som framgått inte alls beivras enligt FHL. Bestämmelsen synes således innebära en avvägning mellan skyddet för legitim innehavare och för godtroende förvärvare.

Artikel 10 förskriver att åtgärder även kan vidtas *interimistiskt*. De interimistiska åtgärderna kan enligt artikel 10.1 bestå av förbud mot att utnyttja eller röja företagshemligheten ifråga, eller mot att producera intrångsgörande varor eller utbjuda sådana till försäljning etc. För att förhindra att intrångsgörande varor, inbegriper importerade varor, införs till eller omsätts på marknaden, kan beslag eller överlämnande av sådana varor även ske interimistiskt. Enligt FHL kan överlämnande som framgått inte ske interimistiskt (men civilrättsligt beslag kan meddelas enligt rättegångsbalken). Direktivet kan förmodligen ses som ett förtydligande av att överlämnande/beslag ska kunna ske interimistiskt, såväl beträffande intrångsgörande varor som handlingar, föremål etc. innehållandes berörd företagshemlighet.²⁵⁰

Artikel 10.2 innebär, i likhet med artikel 13.3, en form av interimistisk ”tvångslicensiering”.²⁵¹ Enligt bestämmelsen kan domstol, som alternativ till de interimistiska åtgärderna, tillåta det olagliga utnyttjandet under förutsättning att svaranden ställer säkerhet för ersättning till den legitima innehavaren av företagshemligheten. De rekvisit som ställs upp i artikel 13.3 ställs dock inte upp i artikel 10.2. Möjligheten att förordna om interimistisk tvångslicens är alltså större än vid slutlig tvångslicens. Bestämmelsen synes medföra ett något försämrat skydd för den legitima innehavaren eftersom tvångslicensen inte förutsätter att angriparen är i god tro. Interimistisk tvångslicens förefaller också, till skillnad från vid slutlig

²⁵⁰ Artikel 10.1 c) motsättningsvis.

²⁵¹ Fahlbeck PM p. 8, s. 10.

sådan, kunna beslutas av domstol *ex officio*.²⁵² Tvångslicensen innefattar dock inte en rätt att röja informationen. De interimistiska åtgärderna kan förenas med vite i enlighet med artikel 16.

För att interimistiska åtgärder ska vidtas krävs enligt artikel 11.1 att käranden ”lägger fram bevisning som skäligen kan anses som tillgänglig för att med tillräcklig säkerhet förvissa sig om” att företagshemlighet föreligger, att käranden är innehavaren till denna och att angrepp har skett eller är nära förestående. Huruvida beviskravet motsvarar ”sannolika skäl” enligt 13 § FHL är något oklart. Att käranden inte behöver lägga fram annan bevisning än den som ”skäligen kan anses som tillgänglig” kan möjligen ses som en slags bevislättning eller i vart fall som ett förtydligande av att för höga krav på bevisning inte ska ställas. Artikel 11.3 a) anger vidare att åtgärderna ska upphävas om inte käranden väcker slutlig talan inom en period på högst 20 arbetsdagar eller 31 kalenderdagar, beroende på vilken som är längst. Direktivet synes således, till skillnad från FHL, inte förutsätta att slutlig talan väckts före eller samtidigt som talan om interimistiska åtgärder. Däremot anger direktivet i likhet med FHL att interimistiska förbud kan göras avhängiga av att käranden ställer säkerhet för den skada som motparten riskerar att tillfogas, artikel 11.4. Direktivet synes dock gå längre än svensk rätt då säkerhet även ska kunna krävas för att trygga ersättning för skada som *andra personer* än svaranden kan komma att åsamkas.

Direktivet innehåller även en bestämmelse om ersättning vid ”obefogad interimistisk åtgärd”. Enligt artikel 11.5 ska domstol, på begäran av svaranden eller skadelidande tredje part, ha möjlighet att ålägga käranden att ge dessa lämplig ersättning för den skada som dessa har lidit till följd av de interimistiska åtgärderna, i situationer då dessa åtgärder antingen upphävs p.g.a. att käranden inte väcker slutlig talan inom föreskriven tid, då de förfaller p.g.a. en handling eller underlåtenhet från kärandens sida eller då det

²⁵² Fahlbeck PM p. 8, s.10. I artikel 13.3 ska ”tvångslicensiering” beslutas på begäran av svaranden. Detta förutsätts inte enligt artikel 10.2.

senare framkommer att det inte har förekommit något olagligt angrepp eller hot om olagligt angrepp. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i FHL.

Vitesförbud och interimistiskt vitesförbud samt överlämnande enligt FHL kräver att angrepp har skett ”enligt FHL”. Redan detta rekvisit innefattar en betydande begränsning av möjligheterna att få till stånd en effektiv åtgärd för att begränsa skadorna av angreppet; som framgått kan bemanningsanställda, revisorer m.fl., samt tredje part som i ond tro mottager information som angripits av sådana personer, inte göra sig skyldig till angrepp i strid med FHL. Detta avhjälpas i direktivet eftersom ansvaret riktar sig till envar. En annan brist i svensk rätt är som framgått att slutligt och interimistiskt vitesförbud förutsätter att ett utnyttjande eller röjande redan har skett. Även detta avhjälpas av direktivet. För det första kan såväl slutligt som interimistiskt vitesförbud (och övriga åtgärder) utdömas på ett tidigt stadium då kopiering och ”tillägnande av” information utgör ett angrepp. För det andra kan interimistiskt förbud utfärdas när ett angrepp är ”nära förestående”, artikel 11.1 c). Direktivet medger således till skillnad från FHL utfärdande av förbud redan på ett försöks- eller förberedelsestadium. Detta innebär en stor förstärkning av skyddet för företagshemligheter då åtgärderna även får en preventiv, och inte bara en skadebegränsande, funktion.²⁵³

I likhet med säkerhetsåtgärderna enligt FHL förutsätter direktivet att informationen ifråga är hemlig, d.v.s. inte har blivit allmänt tillgänglig. Om informationen offentliggörs kan ett föreläggande/förbud – slutligt eller interimistiskt – på talan av den förpliktade, upphävas enligt artikel 11.3 b) (interimistiskt) och 13.2 (slutligt). En stor skillnad mellan svensk rätt och direktivet är dock att den svenska regleringen omöjliggör utfärdande av nyttjandeförbud mot angriparen även i situationer då informationen blivit offentlig till följd av angriparens otillåtna angrepp. Direktivet förutsätter däremot att offentliggörandet skett p.g.a. orsaker som inte kan läggas angriparen till last. Bestämmelserna synes ge uttryck för den engelska

²⁵³ Jmf Fahlbeck PM p. 10, s. 11.

”Springboard Doctrine”.²⁵⁴ I enlighet med denna princip ska ett förbud mot att förfoga över företagshemligheten kvarstå gentemot angriparen, trots att informationen efter ett offentliggörande kan nyttjas av andra, om det är angriparen som orsakat att informationen förlorat sin karaktär som hemlig.²⁵⁵ Förbudets giltighet kan vara till dess att konkurrensförslaget upphört.²⁵⁶ I utredningen 1983 som föregick FHL föreslogs en bestämmelse som skulle få sådan effekt, men förslaget ledde inte till lagstiftning.²⁵⁷ Domeij framhåller att avsaknaden av motsvarande nyttjandeförbud i FHL medför att lagen är bristfällig. Han uttalar att ”FHL borde erbjuda ett sådant, eftersom förbud väsentligt bättre inskräper vikten av sekretess än ett svårberäknat skadeståndsansvar som måste utkrävas i efterhand medan licenstagaren kan fortsätta att utnyttja informationen”.²⁵⁸ Det som i den svenska litteraturen efterfrågats i detta avseende synes således bli verklighet genom direktivet. Detta innebär en förhållandevis stor förstärkning av legitim innehavares skydd för företagshemlig information.

Avslutningsvis ska framhållas att direktivet framhäver proportionalitet i förhållande till *såväl* interimistiska *som* slutliga åtgärder. Den proportionalitetsbedömning som ska vidtas är tydligare än i svensk rätt då direktivet uttryckligen anger vilka intressen som ska beaktas, se artikel 11.2 och artikel 13.1.

4.7 Sekretess under och efter domstolsförfaranden

4.7.1 FHL

I FHL finns inga regler om hur företagshemlighet kan skyddas i en rättegång avseende angrepp på denna. Istället sätts ramarna av rättegångsbalken och offentlighets- och sekretesslagen. Utgångspunkten är att offentlighet råder vid

²⁵⁴ Fahlbeck PM p. 7, s. 10. Jmf även artikel 13.1 andra stycket. Principen innebär att om en licenstagare offentliggör information ska denne uppfylla sina åtaganden enligt licensavtalet under den tid det skulle ta för icke-licenstagare att upparbeta motsvarande information från offentliga källor, d.v.s. tills ”förslaget till följd av licensen klingat av”, Domeij (2008) s. 239.

²⁵⁵ Domeij (2008) s. 238; Fahlbeck (2013) s. 297, fotnot 18.

²⁵⁶ Fahlbeck (2013) s. 297, fotnot 18.

²⁵⁷ SOU 1983:52 s. 344. Se Fahlbeck (2013) s. 514.

²⁵⁸ Domeij (2008) s. 238.

domstol.²⁵⁹ Domstolssekretess gäller dock beträffande enskildas affärs- och driftsförhållanden om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om den röjs.²⁶⁰ Eftersom ett röjande av företagshemlighet i allmänhet medför avsevärd skada för innehavaren, gäller vanligen sekretess för sådan information.²⁶¹ I sådana situationer kan domstol också besluta att förhandlingen ska hållas inom stängda dörrar.²⁶² När förhandling har hållits inom stängda dörrar, kan domstolen också förordna om tystnadsplikt för samtliga närvarande vid förhandlingen gällande uppgift som är sekretessbelagd enligt OSL.²⁶³ Hemligstämpling kan också ske av de delar av domstolsavgörandet som berör företagshemligheten.²⁶⁴ Gemensamt för bestämmelserna är emellertid att det är domstolen som beslutar om sekretess ska gälla för företagshemligheten eller ej. En angripen näringsidkare har således inte möjlighet att på förhand försäkra sig om att företagshemligheterna inte genom en domstolsprocess blir offentliga och därmed förlorar sitt skydd. Därtill finns en risk att någon läcker informationen under processen.²⁶⁵ Fahlbeck gör gällande, förutsatt att sekretess yrkas i alla skeden av rättegången, att praxis ”förmedlar bestämt det intrycket att domstolarna tillämpar sekretessreglerna i OSL och RB på ett sätt som medför skydd för företagshemligheter”.²⁶⁶ Icke desto mindre utgör det processuella skyddet ett osäkert moment för angripen näringsidkare. Denna del av skyddet ligger utanför parternas kontroll och oförutsägbarheten innebär att angripen näringsidkare ofta avstår från ett domstolsförfarande.²⁶⁷ Oförutsägbarheten utgör således en brist i det svenska skyddet för företagshemligheter. Det har rentav hävdats att ”[s]kyddet måste sägas utgöra den svagaste länken i rättsordningens skydd för företagshemlighet”.²⁶⁸

²⁵⁹ 2 kap. 11 § andra stycket regeringsformen (1974:152); 5 kap. 1 § RB.

²⁶⁰ 36 kap. 2 § OSL.

²⁶¹ SOU 2008:63 s. 24.

²⁶² 5:1 andra stycket med hänvisning till 36:2 OSL.

²⁶³ 43 kap. 8 § andra stycket OSL och 5 kap. 4 § RB; Fahlbeck (2013) s. 258.

²⁶⁴ 43:8 andra stycket OSL.

²⁶⁵ Fahlbeck (2013) s. 258.

²⁶⁶ Fahlbeck (2013) s. 258.

²⁶⁷ Se t.ex. SOU 2008:63 s. 303.

²⁶⁸ Fahlbeck (2013) s. 272. Skiljeförfarande kan därför vara ett alternativ till domstolsförfarande eftersom detta är partsstyrt.

4.7.2 EU-direktivet

Direktivets artikel 15 reglerar offentliggörande av domstolsavgöranden. Artikel 9 motsvarar bestämmelserna om domstolsoffentlighet enligt RB och offentlighet av domar enligt RB och OSL.²⁶⁹ Direktivet anger däremot även att domstolen, på begäran av kändanden och på intrångsgörarens bekostnad, får besluta om lämpliga åtgärder för att informera om avgörandet.²⁷⁰

Artikel 9 innehåller bestämmelser om sekretess under domstolsförfaranden. Även dessa bestämmelser synes motsvara sekretessmöjligheterna enligt den svenska regleringen, med två betydelsefulla undantag. För det första ges domstolarna möjlighet att ex officio besluta om sekretessåtgärd. Skyddet för företagshemligheter görs således inte avhängigt att parterna är aktiva. För det andra ska sekretessåtgärd beslutas ”efter en vederbörligen motiverad ansökan av en intressent/part”.²⁷¹ Fahlbeck uttalar att detta möjligen innebär ett minskat domstolsinflytande över sekretessreglerna i jämförelse med RB, och att domstolarna ska låta parts önskemål väga tyngre vid bedömningen av sekretess än vad RB synes tillåta.²⁷²

4.8 Bevisning och bevissäkringsåtgärder

4.8.1 FHL

Trots att bevisning är avgörande för att nå framgång i en framtida rättstvist, saknas regler om bevissäkring i FHL.²⁷³ Den som vill säkra bevisning om ett angrepp på företagshemligheter får använda sig av de bevissäkringsåtgärder som står till buds i rättegångsbalken.

Enligt 38 kap. 2 § RB är part som innehar en skriftlig handling som kan antas äga betydelse som bevis skyldig att utge handlingen, s.k. *processuell editionsplikt*. För att få till stånd edition krävs att sökanden preciserar de handlingar som denne vill få ut. Det räcker att handlingarnas typ, t.ex. ”avtal”,

²⁶⁹ Fahlbeck PM p. 3, s. 9.

²⁷⁰ Artikel 15.1. Jmf 53 h § upphovsrättslagen.

²⁷¹ Se artikel 9.1 och 9.2.

²⁷² Fahlbeck PM p. 9, s. 10.

²⁷³ Tonell (2012a) s. 126.

anges men det är mer oklart om det är tillräckligt att handlingarnas *innehåll* anges.²⁷⁴ Den som ansöker om edition har emellertid knappast sådan insyn i motpartens affärsförhållanden att denne kan identifiera de handlingar som kan vara relevanta för målet. Den som ansöker om edition befinner sig således i vad Heuman kallar ”Editionssökandens moment 22”.²⁷⁵ Dessutom kan edition i regel endast komma ifråga under redan pågående process, vilket i praktiken innebär att sökanden i viss mån måste ha tillgång till bevisning på förhand.²⁷⁶ Edition är sålunda inte en lämplig bevissäkringsåtgärd i fråga om företagshemlighetstvister. Editionsplikten begränsas därutöver av 36 kap. 6 § OSL. Enligt bestämmelsen får editionsplikten ge vika till skydd för motpartens yrkeshemligheter.²⁷⁷ Endast om synnerliga skäl föreligger kan motparten då tvingas förete handlingen.²⁷⁸ Bestämmelsen innebär ett skydd mot allmänt inhämtande av information, s.k. ”fishing expeditions”.²⁷⁹ I företagshemlighetstvister lär motparten regelmässigt invända om att ifrågavarande handling innefattar dennes företagshemliga information. Möjligheten att få till stånd edition i mål om företagshemligheter är således begränsad.²⁸⁰

Inom immaterialrätten finns två ytterligare bevissäkringsmöjligheter. Sveriges åtaganden enligt TRIPS-avtalet har medfört att regler *intrångsundersökning* har intagits i samtliga av de immaterialrättsliga lagarna.²⁸¹ Trots att TRIPS-avtalet medför en skyldighet att möjliggöra intrångsundersökningar även vid påstått angrepp på företagshemligheter, har någon bestämmelse härom inte intagits i svensk rätt.²⁸² Intrångsundersökning

²⁷⁴ Bengtsson & Arndt (2008) s. 253; Bengtsson & Lyxell (2006) s. 154.

²⁷⁵ Se Heuman (1995) s. 449 ff.

²⁷⁶ Fahlbeck (2013) s. 260; Bengtsson & Arndt (2008) s. 158. Edition innan väckande av talan möjliggörs dock av bestämmelsen om bevisupptagning till framtida säkerhet enligt 41 kap. 1 § RB, men som Lyxell påpekar det varit svårt att erhålla detta i praxis, se Lyxell (2002) s. 326. Se också Forsin (2010) s. 104.

²⁷⁷ ”Yrkeshemligheter” motsvarar i allt väsentligt ”företagshemligheter” enligt FHL, se NJA 1995 s. 347.

²⁷⁸ Exempelvis avslogs yrkande om edition i NJA 1995 s. 347 och NJA 1999 s. 469.

²⁷⁹ Fahlbeck (2013) s. 260.

²⁸⁰ Bengtsson & Arndt (2008) s. 255. Även syn i enlighet med 39 kap. 5 § RB kan bli aktuellt då det rör sig om ett *föremål* som kan antagas äga betydelse som bevis. Bestämmelsen begränsas dock på samma sätt som reglerna om edition.

²⁸¹ Bengtsson & Lyxell (2006) s. 110 ff.

²⁸² Bengtsson & Kahn (2005) s. 35. Se TRIPS-avtalet artikel 39(2) jämte 50(1).

innebär att, om det skäligen kan antas att någon har gjort eller medverkat till intrång, sökanden får eftersöka föremål eller handlingar som kan antas ha betydelse för en utredning om intrånget. Beslut kan fattas interimistiskt utan motpartens hörande.²⁸³ När domstolen ska besluta om intrångsundersökning ska den göra en proportionalitetsbedömning där denne tar hänsyn till risken att svarandens företagshemligheter röjs inför sökanden genom åtgärden.²⁸⁴ Detta är dock inte något som i praxis har hindrat domstol från att besluta om intrångsundersökning, främst eftersom merparten av dessa beslut har fattats utan motpartens hörande.²⁸⁵

Till skillnad från edition, kan intrångsundersökning ske redan innan talan mot intrångsgöraren väcks.²⁸⁶ Beviskravet är lågt; intrångsundersökning kan komma ifråga när det ”skäligen kan antas” att ett angrepp har skett. Därtill kommer att det är ”tillräckligt att ange handlingarna på ett sätt som funktionellt beskriver dem” för att bestämmelsens preciseringskrav ska vara uppfyllt.²⁸⁷ En intrångsundersökning får slutligen vidtas för att utreda angreppet och dess omfattning, vilket innebär att en sådan undersökning kan omfatta många fler handlingar än vid ett editionsföreläggande.²⁸⁸ Intrångsundersökning har enligt Bengtsson och Lyxell visat sig vara ett mycket effektivt bevissäkringsinstitut vid immaterialrättsliga intrång varför det endast undantagsvis finns anledning att nyttja andra åtgärder för bevissäkring.²⁸⁹

I de fall en företagshemlighet åtnjuter samtidigt skydd enligt någon av de immaterialrättsliga lagarna, exempelvis enligt upphovsrättslagen, kan den säkrade bevisningen från en beviljad intrångsundersökning – i enlighet med den fria bevisföringens princip – åberopas till styrkande av att ett angrepp på

²⁸³ Se exempelvis 59 b § andra stycket patentlagen (1967:837).

²⁸⁴ Prop. 1998/99:11 s. 65.

²⁸⁵ Bengtsson & Arndt (2008) s. 257.

²⁸⁶ Bengtsson & Kahn (2002) s. 41. Jmf Fahlbeck (2013) s. 260. Se exempelvis 56 a–f §§ upphovsrättslagen.

²⁸⁷ Bengtsson & Arndt (2008) s. 256.

²⁸⁸ Bengtsson & Arndt (2008) s. 258 f.

²⁸⁹ Bengtsson & Lyxell (2006) s. 151.

företagshemligheten förekommit.²⁹⁰ När informationen endast åtnjuter skydd enligt FHL är dock skadelidande näringsidkare huvudsakligen hänvisad till de, vad beträffar företagshemlighet bristfälliga, reglerna om edition. Att någon motsvarande bestämmelse inte intagits i FHL har därför ansetts vara en betydande brist i det skydd som lagen tillhandahåller.²⁹¹

Informationsföreläggande innebär en skyldighet att informera den som ansökt om föreläggande om ursprung och distributionsnät för de varor eller tjänster som intrånget gäller och kan utfärdas om sökanden visar sannolika skäl för att motparten gjort intrång i sökandens immateriella rättighet.²⁹² Ett sådant föreläggande ”kan fungera som en preliminär till en intrångsundersökning.”²⁹³

4.8.2 EU-direktivet

Direktivet innehåller inte heller några bestämmelser om bevissäkring trots att en av orsakerna till dess tillkomst var just att TRIPS-avtalet inte fullt ut omsatts i nationell rätt.²⁹⁴ Detta innebär att en av de största bristerna i skyddet för företagshemligheter kommer att kvarstå.

²⁹⁰ Se Bengtsson & Arndt (2008) s. 252 f och där angivna rättsfall. Se även AD 2017 nr 12.

²⁹¹ Se exempelvis Bengtsson & Kahn (2002) s. 39 f, s. 44. En bevissäkringsåtgärd liknande intrångsundersökning föreslogs i SOU 2008:63 men ledde aldrig till lagstiftning.

²⁹² Se exempelvis 53 c § upphovsrättslagen.

²⁹³ Fahlbeck (2013) s. 268.

²⁹⁴ Det anges dock att direktivet inte ska påverka editionsplikten, se artikel 1.2 b och Fahlbeck PM p. 9, s. 9.

5 Avslutande reflektioner

Efter en undersökning av det skydd som svensk rätt tillhandahåller för företagshemligheter kan det konstateras att regleringen är otillfredsställande i huvudsakligen sex avseenden: 1) passivt innehav – inklusive kopiering och bortförande av information till sig själv – kan inte beivras eller föranleda vitesförbud eller överlämnande enligt FHL eftersom detta inte anses vara ett utnyttjande eller röjande, 2) ansvarsgrunderna är utformade på ett sätt som medför att vissa personkategorier faller utanför lagens tillämpningsområde, 3) lagen medger inte interimistiska eller slutliga åtgärder i preventivt syfte, 4) utdömda skadeståndsbelopp är för låga, 5) domstolssekretessen är oförutsägbar och 6) det saknas effektiva bevissäkringsmöjligheter som är lämpade för den speciella situation som ett angrepp på en företagshemlighet innebär.

Som framgått synes EU-direktivet avhjälpa flera av de brister som har utkristalliserats vid undersökningen av svensk rätt. Direktivet utvidgar angreppsdefinitionen till att omfatta även obehörig kopiering av information som lovligen innehas, och möjligen även överförande till sig själv av sådan information. Ansvaret enligt direktivet kan aktualiseras för var och en som kommer i kontakt med företagshemligheter, och är sålunda inte beroende av om personen ifråga kan anses falla inom den ena ansvarskategorin eller den andra. Direktivet medger vidare preventiva åtgärder, dels genom att slutliga förbud och korrigeringsåtgärder kan utfärdas redan vid det olovliga innehavet, dels genom att interimistiska beslut om förbud och beslag även kan meddelas när ett angrepp är nära förestående. I skadeståndshänseende inför direktivet en möjlighet att då det är svårt att fastställa den ekonomiska skadan, utdöma skadestånd i form av en fiktiv licensavgift (i kombination med exempelvis ideellt skadestånd). Bestämmelsen har enligt min mening stor potential att komma till rätta med den snäva bedömning som förekommer i rättstillämpningen, särskilt mot bakgrund av att den synes eliminera utrymmet av en tillämpning av 35 kap. 5 § RB. Direktivet synes också

föreskriva en något mer partsstyrd domstolssekretess. Dessvärre innehåller direktivet ingen bestämmelse om bevissäkringsåtgärd. En av de största bristerna i skyddet kvarstår därmed. Det förefaller således finnas en påtaglig risk att direktivet, trots dess förstärkning av skyddet i övrigt, blir tandlöst.

Enligt min mening kommer EU-direktivet att medföra en betydande förstärkning av näringslivets skydd för företagshemligheter, i synnerhet med beaktande av att direktivet genomför ett EU-rättsligt skydd med möjlighet till nationell prövning oaktat var inom unionen angreppet har skett. Detta innebär att innehavare av företagshemligheter kan påräkna skydd när dessa expanderar på den inre marknaden och när de ingår i internationella samarbeten. Den för svenskt vidkommande kanske mest viktiga förändringen av skyddet är införandet av bestämmelser om intrångsgörande varor. Definitionen av sådana varor är bred; även varor vars marknadsföring är det enda som gynnas av annans företagshemlighet omfattas. Detta innebär att en näringsidkares helt egenutvecklade produkt kan anses vara intrångsgörande, om marknadsföringen av sagda produkt avsevärt gynnas av t.ex. en marknadsundersökning eller marknadsstrategi som näringsidkaren utnyttjar och som härstammar från ett olagligt angrepp. Kretsen vilken kan hållas ansvarig för hantering av sådana varor är också mycket omfattande eftersom varorna kan vandra i flera led och ansvar kan utkrävas av alla som befattar sig med dessa i ond tro. Ansvaret får anses vara omfattande särskilt med beaktande av att det inte ens krävs *kvalificerad* ond tro för att en person i senare led, exempelvis en importör, ska göras ansvarig enligt direktivet. Det räcker att denne borde ha vetat att ett förangrepp skett. Till detta kommer att den ansvarige kan komma att föreläggas att inte endast betala skadestånd, utan även att vidta omfattande och kostsamma korrigeringsåtgärder.

Sammanfattningsvis synes direktivet – med undantag från avsaknaden av bevissäkringsåtgärd – väsentligen förbättra skyddet för företagshemligheter. Därutöver kommer det att krävas en stor omarbetning av lagen. Vi kan sannolikt förvänta oss en helt ny FHL efter genomförandet av direktivet.

Bilaga 1

Mail från Reinhold Fahlbeck till författaren 20170512

Amanda,

Du ligger i. Högst beundransvärt.

Emellertid har Du fel i det hänseende Ditt mail handlar om.

Ursprunglig och efterföljande god tro skyddas av direktivet under förutsättning att anskaffandet överensstämmer med god affärssed enligt Artikel 3.1 punkt d). Då är anskaffandet, innehavet, röjandet och utnyttjandet lagligt enligt direktivet.

Läs och betänkt Skäl 20 (ehuru sista meningen förefaller mig svårbegriplig men kanske är avsedd att utvidga undantaget för visselblåsare till alla som i god tro röjer företagshemligheter) och särskilt Skäl 29 (motsättningsvis). Skäl 29 ger klar och entydig ansvarsbefrielse för genuint godtroende (initialt och efterföljande).

Artiklarna 10 - 14 handlar alla om olagligt anskaffande, utnyttjande respektive röjande.

Det skulle kunna tänkas att även genuint godtroende (initialt och efterkommande) skulle kunna förbjudas. Jag kan emellertid inte se att direktivet innehåller någon regel som godtar detta. När jag nu tänker på detta synes mig direktivet i detta hänseende bristfälligt. Visst skulle ett förbud kunna tänkas men utan påföljd för den godtroende. En sådan regel skulle rentav kunna tänkas innebära att rätte innehavaren skulle kunna tvingas betala den godtroende en lösensumma för att förhindra fortsatt utnyttjande av den godtroende.

Detta mail kan Du behandla som offentligt. Det kan ingå i Ditt källmaterial.

Kämpa på och återkom när som helst!

Allt gott,

Reinhold

Bilaga 2

PM från seminarium 2 mars 2016, Företagshemligheter – juridiken idag och imorgon, s. 9–11 avseende FHL och direktivet.

Reinhold Fahlbeck

Företagshemligheter – juridiken idag och imorgon Några punkter för ett samtal i Göteborg med advokater onsdagen den 2 mars 2016

(9/11)

3/ EU-direktiv 2016 rörande företagshemligheter (förväntas bli antaget april 2016).

Allmän bakgrund.

“know-how and information ... is the currency of the knowledge economy and gives a competitive advantage”.

“Trade secrets are amongst the most used form of protection of intellectual creation and innovative know-how by businesses”.
(Skäl/Recital 1)

Allmänna kommentarer.

- (1) Direktivet bygger på TRIPs. I stor utsträckning överensstämmer det med FHL. Mycket stor omredigering av den svenska lagtexten kommer dock att erfordras.
- (2) Genomför europeiskt skydd för företagshemligheter jämte rättslig prövning av angrepp vid nationell/svensk domstol oavsett var inom unionen angreppet skett (tex hantering av ”smittat gods”; se tex Article 3.5 och Skäl/Recital 24.
- (3) Enbart företagshemligheter.
- (4) Konkurrensklausuler och arbetstagarfrihet undantas explicit; Artikel 1.2a och Skäl/Recital 27.
- (5) Sekretessklausuler ges skydd men oklart i vilken omfattning; Artikel 3.3(b).
- (6) Inga straffrättsliga regler.
- (7) Inget om bevisbörda (tex delad eller omvänd), bevislättnad eller bevisanskaffande (tex inträngsundersökning och/eller informationsföreläggande; jfr direktiv 2004/48EG).
- (8) Företagshemligheter och immaterialrätter hålls isär. Företagshemlighetsdirektivet *lex specialis* i förhållande till immaterialrättsdirektivet 2004/48/EG; Skäl/Recital 28.
- (9) Edition; Article 1.2(b). Går inte längre än RB.

- (10) Offentlighet hos myndigheter; Article 1.2(c). Går inte utöver svenska regler.
- (11) Kollektivavtal och arbetsmarknadsparternas autonomi påverkas inte; Article 1.2(e).

Regler som i princip helt överensstämmer med nuvarande reglering i Sverige.

- (1) Begreppet ”företagshemlighet” överensstämmer med 1 § FHL.
Know-how/trade secrets: “trade secrets ... covering a diversified range of information, which extends beyond technological knowledge to commercial data such as information on customers and suppliers, business plans or market research and strategies”; Skäl/Recital 1.
- (2) Allmänt skadestånd, Artikel 13.2 (“other than economic factors”). Motsvarar 9 § FHL.
- (3) Offentliggörande av domstolsavgöranden, Artikel 14. Motsvaras av domstolsoffentlighet enligt RB samt offentlighet av domar enligt RB och OSL; jfr dock 53 h § URL.
- (4) Visselblåsning skyddas, Artikel 4(b). Regeln synes dock inte gå längre än 2 § 2 st FHL.

(10/11)

Regler som avviker från nuvarande reglering i Sverige.

- (1) Generalklausuler Artikel 2a.1(c) (lovlighet), (Artikel 3.2 f) (olovlighet), Artikel 4 (e) (lovlighet). Principer ”honest commercial practices”, ”protecting a legitimate interest”. Saknar motsvarighet i FHL.
- (2) Internationella förhållanden, gemensam marknad, varor import <> export; Artikel 3.5, Artikel 9.1(b)-(c), Artikel 11(b)-(c). Se även tex Skäl/Recital 2, 3, 7, 17 och 25.
- (3) Direktivet omfattar alla personer som kommer i kontakt med företagshemligheter hos en näringsidkare, tex advokater, partsombud, bemanningsanställda, styrelseledamöter och revisorer. Uppdelningen i FHL i tre kategorier, dvs 6, 7 och 8 §§, försvinner. Stort redigeringsarbete.
- (4) *Synbarligen* skall kopiering av arbetsmaterial på den egna arbetsplatsen, som arbetstagaren har *lovlig tillgång till* men *saknar tillstånd att kopiera*, anses utgöra angrepp på företagshemlighet, nämligen olovligt anskaffande av hemligheten, Artikel 3.2(a), samt göra utnyttjande olovligt, Article 3.3(a).
Detta utgör inte angrepp enligt FHL men kan utgöra lojalitetsbrott. Betydande förstärkning av FHL.Förfarandet kan dock utgöra upphovsrättsintrång; 1:2 UHL.
- (5) Begreppet ”intrångsgörande varor” (“infringing goods”, ”smittat gods”) införs; Artikel 2(4).
All slags befattning/hantering av sådant gods av ondetroende utgör olagligt utnyttjande; Artikel 3.5.
Preventiva, interimistiska och slutliga förbud kan utfärdas; Article 9.1 (b)-(c) och Article 11.1 (b)-(c).
Återkallande, ändrande och/eller förstörande av ”smittat gods”; Article 11.2.
Detta synes gå utöver 8 § FHL. Ingen explicit motsvarighet finns i svensk rätt; jfr dock 25 MFL.
Regeln kan användas *även* när ”smittat gods” ingår i varor i *senare led än angripandet*. Regeln gäller endast ”gods”, dvs fysiska föremål, men det ”smittade” i godset kan vara av immateriellt slag, tex idéer, FoU, koncept, branding, marknadsföringsmetoder under förutsättning att dessa utgör företagshemligheter i direktivets mening.

(6) Efterföljande ond tro, dvs anskaffande/emottagande av information i god tro att en inte var företagshemlig men efterföljande insikt om hemlighetskaraktären:

a) mottagande i första hand, dvs utan mellanhand:

direktivet synes inte explicit behandla denna situation; motsättningsvis synes Article 3.3 innebära att röjande/utnyttjande inte är olagligt (dvs samma reglering som i FHL);

b) mottagande i andra hand, dvs från mellanhand:

ansvarsgrundande när den som röjer eller utnyttjar en företagshemlighet insåg eller borde insett att företagshemligheten olovligen angripits i tidigare led; Artikel 3.4 och 3.5, Artikel 13.1 (jfr annorlunda 6 - 8 §§ FHL, som skyddar efterföljande ond tro). (Se även Skäl/Recital 5 och 18.)

(7) Regel om tidsbegränsat förbud för röjare att använda av hen röjd information; Artiklarna 10.3(b) och 12.2 (den s.k. *Springboard Doctrine*).

(8) Otillåtet utnyttjande skall kunna tillåtas av domstol (1) *ex officio* interimistiskt om säkerhet ställs eller (2) på yrkande av angriparen om fortlöpande kompensation betalas och under förutsättning att tre villkor är uppfyllda, nämligen (a) att utnyttjande ursprungligen skett i god tro, (b) förbud skulle åsamka oproportionellt stor skada och (c) kompensationen är skälig; ”tvångslicens”; Artiklarna 9.2 och 12.3. (Dålig korrespondens mellan rekvisit i 9.2 och 12.3.) ”Tvångslicensen” omfattar inte rätt att röja (”bara” utnyttja) företagshemlig information; Article 9.2.

(9) Regler om sekretess under och efter rättsliga förfaranden; Artikel 8. Utförliga regler.

a) Möjligen minskat domstolsinflytande över sekretessreglerna jämfört med RB. Det synes som om

(11/11/

domstolarna skulle fästa större avseende vid parts önskemål än som kanske är fallet idag enligt RB. Sekretess kan beslutas vid ”vederbörligen motiverad begäran av en part”.

b) Samtidigt ges dock domstolarna möjlighet att besluta om sekretess *ex officio*.

(10) Preventiva förbud, Artikel 10.1 (”unlawful acquisition, use or disclosure of trade secret *is imminent*”/”nära förestående”). Jfr Artikel 9.1 (”*precautionary measures* against the alleged infringer”). Detta går utöver vad som är tillåtet enligt 13 § FHL och medför en högst betydande förstärkning av skyddet för företagshemligheter.

(11) Preskriptionstid om 6 år; Artikel 7. Enligt 12 § FHL är fristen 5 år.

(12) Internationellt informationsutbyte, Artikel 16 och Skäl/Recital 22.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Otryckta källor

Mail till författaren från Reinhold Fahlbeck 20170512 (bilaga 1)

Muntlig information till författaren från Reinhold Fahlbeck avseende företagshemlighetsdirektivet

PM 2 mars 2016, Företagshemligheter – juridiken idag och imorgon, utarbetat av Fahlbeck, Reinhold (bilaga 2); citeras Fahlbeck PM

Tryckta källor

Offentligt tryck

Direktiv

Direktiv 2016:38 Skyddet för företagshemligheter

Utredningsbetänkanden

SOU 1983:52 Företagshemligheter

SOU 2008:63 Förstärkt skydd för företagshemligheter

Propositioner

Prop. 1987/88:155 om skydd för företagshemligheter m.m.

Prop. 1998/99: 11 Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång

Utskottsbetänkanden

Lagutskottets betänkande 1988/89:LU30 Skydd för företagshemligheter

Lagutskottets betänkande 1989/90LU37 Skydd för företagshemligheter

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Flodgren, Boel, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, Juristförlaget, Stockholm 1992; citeras Adlercreutz & Flodgren (1992)

Agell, Anders, 'Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen', *Svensk Juristtidning* 2002; citeras Agell (2002)

Arbrandt, Elsa & Skoog Eriksson, Fredrika, 'Hur kan arbetsgivare skydda sina företagshemligheter?', *Ny Juridik* nr 2 2009; citeras Arbrandt & Skoog (2009)

Bengtsson, Henrik & Arndt, Oskar, 'Interimistiska förbud och bevissäkring vid angrepp på företagshemligheter', *Juridisk Tidskrift* nr 2 2008/09; citeras Bengtsson & Arndt (2008)

Bengtsson, Henrik & Kahn, Johan, 'Företagshemligheter i domstolarnas praxis', *Ny Juridik* nr 4 2002; citeras Bengtsson & Kahn (2002)

Bengtsson, Henrik & Kahn, Johan, 'Företagshemligheter i domstolarnas praxis del II', *Ny Juridik* nr 3 2005; Bengtsson & Kahn (2005)

Bengtsson, Henrik & Lyxell, Ralf, *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, Nordstedts Juridik, Stockholm 2006; citeras Bengtsson & Lyxell (2006)

Determann, Lothar, Schmaus, Luisa & Tam, Jonathan, 'Trade Secret Protection Measures and New Harmonized Laws', *The Computer and Internet Lawyer* Vol. 34, No. 1 2017; citeras Determann, Schmaus & Tam (2017)

Domeij, Bengt, 'Know-howlicenser efter ett offentliggörande', I: Nordell, Per Jonas m.fl. (red.), *Festskrift till Marianne Levin*, Nordstedts Juridik, Stockholm 2008; Domeij (2008)

Domeij, Bengt, 'Förhandlade konkurrensklausuler för anställda', *Juridisk Tidskrift* nr 2 2013/14; Domeij (2013)

Domeij, Bengt, *Från anställd till konkurrent. Lojalitetsplikt, företagshemligheter och konkurrensklausuler*, Wolters Kluwer, Stockholm 2016; citeras Domeij (2016)

Fahlbeck, Reinhold, 'Egenmäktigt förfarande, olovligt förfogande, olovligt brukande, företagsspioneri – eller vad?', *Juridisk Tidskrift* nr 2 2001/02; citeras Fahlbeck (2001)

Fahlbeck, Reinhold, *Lagen om skydd för företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 2013; citeras Fahlbeck (2013)

Fahlbeck, Reinhold, 'Få arbetsrättsliga nyheter i direktiv om företagshemligheter', *EU & arbetsrätt* nr 3–4 2016; citeras Fahlbeck (2016)

Fahlbeck, Reinhold, 'Kan forskning ske de lege ferenda?', *Juridik Tidskrift* nr 2 2016/17; citeras Fahlbeck (2017)

Forsin, Erik, 'Bevissäkring vid immaterialrättsintrång. En konflikt med skyddet för företagshemligheter?', *Nordiskt Immateriellt Rättskydd* nr 2 2010; citeras Forsin (2010)

Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm 2001; citeras Hellner (2001)

Heuman, Lars, 'Editionssökandens moment 22 och företagshemligheter', *Juridisk Tidskrift* nr 2 1995/96; citeras Heuman (1995)

Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', I: Korling, Fredrik & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund 2013; citeras Kleinieman (2013)

Koch, Michaël, '10 år med lagen om skydd för företagshemligheter', I: Eklund, Ronnie (red.), *Festskrift till Hans Stark*, Jure, Stockholm 2001; citeras Koch (2001)

Lambertz, Göran, 'Nyttig och onyttig rättsvetenskap', *Svensk Juristtidning* 2002; citeras Lambertz (2002)

Lyxell, Ralf, 'Intrångsundersökning, edition och bevisupptagning till framtida säkerhet', *Juridisk Tidskrift* nr 2 2002/03; citeras Lyxell (2002)

Nicander, Hans, 'Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden', *Juridisk Tidskrift* nr 4 1995/96; citeras Nicander (1995)

Regnér, Emma, 'Varför inte lojalitetsplikt?', *Juridisk Tidskrift* nr 3 2001/02; citeras Regnér (2001)

Sandberg, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 2015; citeras Sandberg (2015)

Stenberg, Suzan, 'Skadestånd enligt lagen om skydd för företagshemligheter. Finns där ett golv?', *Juridisk Tidskrift* nr 2 2009/10; citeras Stenberg (2009)

Tonell, Magnus, *Sekretessavtal – och det rättsliga skyddet för företagshemligheter*, Jure, Stockholm 2012; citeras Tonell (2012a)

Tonell, Magnus, 'Skadeståndspreskription vid intrång i det industriella rättsskyddet eller vid angrepp mot företagshemlighet', I: Forsman, Malin m.fl. (red.), *I immaterialrättens gränsländ*, Jure, Stockholm 2012; citeras Tonell (2012b)

Waerme, Daniel, 'Bevisläget vid brott mot sekretessavtal – förhindrar lagen om företagshemligheter avtalsdispositioner?', *Svensk Juristtidning* 2009; citeras Waerme (2009)

Wainikka, Christina, *Företagshemligheter – en introduktion*, Studentlitteratur, Lund 2010; citeras Wainikka (2010)

Övrigt

Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, Final study, April 2013, Prepared by Baker & McKenzie for the European Commission (Contract Number: MARKT/2011/128/D); citeras MARKT/2011/128/D

Världshandelsorganisationens (WTO) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS-avtalet)

Överenskommelsen 1969 angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i s.k. konkurrensklausuler i tjänsteavtal

Avtal 2015 om användning av konkurrensklausuler i anställningsavtal

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1993 s. 182

NJA 1995 s. 347

NJA 1995 s. 631

NJA 1998 s. 633

NJA 1999 s. 469

NJA 2000 s. 435

NJA 2001 s. 362

Arbetsdomstolen

Refererade domar

AD 1994 nr 79

AD 1998 nr 80

AD 2002 nr 38

AD 2003 nr 21

AD 2006 nr 49

AD 2009 nr 38

AD 2009 nr 63

AD 2010 nr 27

AD 2011 nr 11

AD 2013 nr 24

AD 2015 nr 39

AD 2017 nr 12

Ej refererade domar

AD 2003 nr 110

AD 2008 nr 59

AD 2010 nr 7

Hovrätt

RH 2002:11

RH 2002:61

Hovrätten över Skåne och Blekinge, Ö 3040-01, 2002-01-22

Svea hovrätt, T 81/96, 1997-05-14

Svea hovrätt, Ö 9002-03, 2003-12-30

Svea hovrätt, B 5480-03, 2004-05-06

Svea hovrätt, T 6449-08, 2009-10-20

Tingsrätt

Stockholms tingsrätt, T 33071-05 och T 24524-07, 2008-07-04

Örebro tingsrätt T 280-04, 2004-01-29

Örebro tingsrätt T 3885-04, 2004-12-07